

AÑO 9 _Nº 11

Diciembre 2025

ISSN (Ver. impresa): 2591-3468

ISSN (Ver. online): 2591-3476



REVISTA

Derecho y Salud

JOURNAL OF LAW AND HEALTH

Revista de la Sala de Derecho a la Salud
Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
Universidad Blas Pascal

REVISTA

Derecho y Salud

SALA DE DERECHO A LA SALUD

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN EN CIENCIAS JURIDICAS (IDI-CJ)
UNIVERSIDAD BLAS PASCAL

Año 9 · Nro. 11 · Diciembre 2025 //
ISSN (Versión impresa): 2591-3468 · ISSN (Versión online): 2591-3476

REVISTA

Derecho y Salud

Consejo Editorial

- **Directora: Claudia E. Zalazar**

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina) y Presidenta de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina).

- **Secretario: Gonzalo G. Carranza**

Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina).

- **Coordinador de Sección Comentarios Jurisprudenciales: Ismael Iglesias Herrera**

Profesor de Derecho Romano UBP. Profesor Adscripto de Derecho Constitucional de la Universidad Nacional de Córdoba (Argentina) y Escribiente de la Cámara Contencioso Administrativa de 2ª Nominación del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina).

- **Responsable de Redes Sociales: Agustina Chaves**

Investigadora de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ) de la Universidad Blas Pascal (Argentina) y Prosecretaria del Poder Judicial de la Provincia de Córdoba (Argentina).

Consejo Científico

- **Fernando Aith**, Facultad de Salud Pública, Universidad de San Pablo (Brasil);
- **Federico José Arena**, Director del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ), Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Antonio Arroyo Gil**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Edith Maria Barbosa Ramos**, Departamento de Derecho, Universidade Federal do Maranhão (Brasil);
- **Marcelo Bernal**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba (Argentina);
- **Pamela del Valle Cáceres**, Vicerrectora de Investigación, Innovación y Posgrado, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **María Casado**, Centro de Investigación Observatorio de Bioética y Derecho (OBD), Universitat de Barcelona (España);
- **Maria Cecilia de Almeida Monteiro Lemos**, Facultad de Derecho, UDF - Centro Universitário (Brasil);
- **José Roberto Freire Pimenta**, Facultad de Derecho, Centro Universitário UDF (Brasil);
- **Lais Gomes Bergstein**, Centro Universitário Curitiba, UniCuritiba (Brasil);
- **Carla Huerta Ochoa**, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM (México);
- **Cláudia Lima Marques**, Facultad de Derecho, Universidade do Rio Grande do Sul (Brasil);
- **Silvia López Safi**, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Asunción (Paraguay);
- **Claudia Madies**, Centro de Estudio e Investigación en Derecho Sanitario y Bioderecho, Universidad Isalud (Argentina);
- **Sandra Regina Martini**, Instituto de Estudios Avanzados, Universidad de Sao Paulo (Brasil);
- **Tomás Guillermo Rueda**, Director de la Carrera de Abogacía, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Néstor Pisciotta**, Secretario de Investigación y Desarrollo, Universidad Blas Pascal (Argentina);
- **Susana Sánchez Ferro**, Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Madrid (España);
- **Virginia Zambrano**, Departamento de Estudios Políticos y Sociales, Universidad de Salerno (Italia).

Diseño y Diagramación

- **Mauricio Tagliavini** Lic. en Diseño Gráfico

**UBP**

**EUBP**
Editorial

Copyright © 2025 by Editorial UBP
Todos los derechos reservados

Director
Néstor Pisciotta
Av. Donato Álvarez 380
CP X5147ERG Argüello, Córdoba
Argentina
Tel: 54 (0351) 414-4444
Para mayor información
contáctenos en www.ubp.edu.ar
O vía e-mail a: editorialUBP@ubp.edu.ar

Publicación editada e impresa en
Córdoba, Argentina

La reproducción de esta revista,
ya sea total o parcial, en forma idéntica
o con modificaciones, escrita a máquina
por el sistema Multigraph, mimeógrafo,
impreso, etc., que no fuera autorizada por
Editorial UBP, es violatoria de derechos
reservados. Su infracción está penada por
las leyes 11.723 y 25.446.
Toda utilización debe ser solicitada con
anterioridad.

Revista Derecho y Salud

Publicación semestral de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas (IDI-CJ)
de la Universidad Blas Pascal.

E-Mail: idi-das@ubp.edu.ar

ISSN (Versión impresa): 2591-3468 - ISSN (Versión online): 2591-3476

La Revista Derecho y Salud no se responsabiliza por las opiniones vertidas en los artículos firmados, cuyas ideas
responden exclusivamente a sus autores.

ÍNDICE

1. ESTUDIOS GENERALES

- Sesgos cognitivos de jurados populares en la valoración de pericias en salud mental <i>Cognitive biases on the evaluation of mental health expert testimony by lay jurors and professional judges</i> Fernando Martín Bertone	15
- Direito médico e proteção de dados pessoais: coerência normativa em diagrama de Venn <i>Medical law and data protection: a normative intersection in a Venn diagram</i> Maurício Tamer	33
- A judicialização de medicamentos e a medicalização da vida: uma análise sob o aspecto transdisciplinar da bioética <i>The judicialization of medicines and the medicalization of life: an analysis from the transdisciplinary perspective of bioethics</i> Renata Favoni Biudes y Janaína Machado Sturza	49
- Acuerdo de riesgo compartido: si se pudo con Zolgensma, se puede con Risdiplam <i>Risk sharing agreement: if it was possible with Zolgensma, it is possible with Risdiplam</i> Sebastián Sandoval Junyent	67
- Entre solidariedade e objetificação: o direito à integridade corporal do bebê medicamento <i>Between solidarity and objectification: the right to bodily integrity of the Savior Sibling</i> Amanda Batistella de Oliveira, Ana Beatriz Pacheco y Sthéfano Divino	81
- Políticas públicas de saúde para trabalhadoras domésticas negras resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo: análises a partir do caso Sônia Maria de Jesus <i>Public health policies for black domestic workers rescued from domestic work in conditions analogous to slavery: insights from the case of Sônia Maria de Jesus</i> Rosane Teresinha Carvalho Porto, Marcelo José Ferlin D'Ambroso y Rodrigo Leventi Guimarães	97

- El impacto jurídico del DNU 70/2023 en el sistema sanitario argentino: entre la liberalización y la tutela judicial <i>The legal impact of DNU 70/2023 on the Argentine health system: between liberalization and judicial protection</i> Camila Wanda Landeyro, Paloma Castiglione y Cecilia Avelina Manrique ..	111
- Aplicabilidade dos princípios do direito ambiental ao meio ambiente digital: o princípio da prevenção e a proteção da saúde no Brasil <i>Applicability of environmental law principles to the digital environment: the prevention principle and the health protection in Brazil</i> Ricardo Libel Waldman y Gabrielle Jacobi Kölling	131
- Despatologización trans e identidad jurídica de género: hacia una salud pública con enfoque de derechos <i>Trans depathologization and legal gender identity: towards a rights-based public health approach</i> Laurie Nohemí Cely Céspedes, Laurie Nicolle Cely Céspedes y Juan Carlos García García	149
- Vacinação contra o HPV e justiça reprodutiva no Brasil: desafios de gênero, desinformação e estratégias para ampliar a cobertura <i>HPV vaccination and reproductive justice in Brazil: gender challenges, misinformation and strategies to expand coverage</i> Joice Graciele Nielsson y Júlia de Oliveira Mariano	167

2. COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- Salud y medio ambiente, derechos entrelazados en el ordenamiento comunitario: La Sentencia C-626/22 a propósito del caso Ilva <i>Health and Environment: Intertwined Rights in the Ilva Case, a Commentary on Judgment C-626/22</i> Daniel Martinez Arana	185
--	------------

Tribunal Constitucional de España

- El interés superior del Menor, su derecho a ser oído y la tutela judicial efectiva de la familia extensa en los procedimientos de adopción frente a la inflexibilidad procesal <i>The child's best interests, their right to be heard and the effective judicial protection of the extended family in adoption proceedings versus procedural inflexibility</i> Eduardo Palou de Comasema Izquierdo	197
---	------------

- Cuando nacer en una familia monoparental marca la diferencia: una mirada constitucional al permiso por nacimiento. <i>When Being Born into a Single-Parent Family Makes the Difference: A Constitutional Perspective on Parental Leave.</i> Martina Rodríguez Obón	211
- La vacunación infantil frente a la objeción parental, un análisis de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional Español <i>Child vaccination against parental objection, an analysis of the interpretation given by Spain's Constitutional Court</i> Pablo Pérez Mosqueda	223
- Competencias, identidad y autonomía: el trasfondo constitucional de la STC 44/2024 <i>Competencies, identity and autonomy: the constitutional background of CCJ 44/2024</i> Hugo Díaz Rodríguez	235
Tribunal Supremo de España	
- Integrando Lagunas Jurídicas: La Analogía con la Adopción Internacional como Solución para la Protección del Menor en la STS 1141/2024 <i>Bridging Legal Voids: How Analogy to International Adoption Became a Tool for Child Safeguarding in STS 1141/2024</i> Juan Asanza Parra	247
Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina	
- Derecho a la Salud y Acceso a la Justicia en el Sistema de Riesgos del Trabajo: una mirada crítica. <i>A critical view on the Right to Health and access to justice in the occupational risk system.</i> María Victoria Pairone	261
- Un caso de interrupción de criopreservación de embriones en la Corte Suprema: legitimación y una sentencia exhortativa por vacío legal <i>A Case of Termination of Embryo Cryopreservation before the Supreme Court: Standing and an Exhortatory Ruling Due to Legal Vacuum</i> Mariana Torres	271
- Libertad de expresión y desinformación sobre la salud: un comentario al fallo “Socolinsky” <i>Freedom of expression and health disinformation: a commentary on “Socolinsky”</i> Alejandro Emir Salomón	281

Poder Judicial de la Nación de Argentina

- La función tutelar del DADSE en la jurisprudencia reciente: análisis sanitario del fallo “Alianza Argentina de Pacientes c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud – DADSE”

The Tutelary Function of the DADSE in Recent Jurisprudence: A Health Law Analysis of the Case “Alianza Argentina de Pacientes v. National State – Ministry of Health – DADSE”

Martín Nazer Barzábal 291

- Acciones colectivas y protección del derecho a la salud de adultos mayores

Collective actions and the protection of elderly people’s right to health

Maria Florencia Tripaldi 299

- Gestación por sustitución y los conflictos de intereses entre la pretensa gestante y el interés superior del niño.

Surrogacy and Conflicts of Interest between the Intended Surrogate and the Best Interests of the Child

Victoria Minetto Vazquez 311

Poder Judicial de la Provincia de Córdoba

- El derecho a la salud y la vacunación infantil: repensando el alcance de la responsabilidad parental

The right to health and childhood vaccination: rethinking the scope of parental responsibility

Gino Sgro 321

4. DIRECTRICES PARA AUTORAS/ES 333

5. REDES SOCIALES 334

Evaluadoras/es

Las evaluaciones del undécimo número de la Revista Derecho y Salud han sido realizadas por las/los siguientes docentes e investigadoras/es:

- Jorge Arévalo
- Pedro Henrique Barbosa
- Pamela Barone
- Laís Bergstein
- Agustín Carignani
- Rosane Teresinha Carvalho Porto
- Jairo Andrés Castaño Peña
- Milena Cereser da Rosa
- Ignacio Colombo Murúa
- Ana Flávia Costa Ecard
- Fernanda Damacena
- Matteo Finco
- Matheus Goulart de Carvalho
- Sandra Regina Martini
- Carla Mitelman
- Daiane Moura de Aguiar
- Versalhes Enos Nunes Ferreira
- Matías Pedernera Allende
- Sofía Puccio
- Ignacio Vázquez
- Juan S. Ylarri
- Claudia E. Zalazar
- Mauricio Zalazar Jaime

1. Estudios Generales

Sesgos cognitivos de jurados populares en la valoración de pericias en salud mental

Cognitive biases on the evaluation of mental health expert testimony by lay jurors and professional judges

Fernando Martín Bertone¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)50](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)50)

Fecha de envío: 16.08.2025

Fecha de aceptación: 11.11.2025

RESUMEN:

En el sistema penal acusatorio-adversarial vigente en la provincia de Córdoba (Argentina), los jurados populares y los jueces técnicos conforman tribunales escabinados. La toma de decisiones se ve influida por múltiples factores, entre ellos la valoración de las pruebas, la deferencia y los sesgos cognitivos. La metodología se basa en un análisis cualitativo y cuantitativo de tres casos penales. Se indaga si existen patrones de deferencia y sesgos en la forma en que jurados reciben y procesan la información proveniente de peritajes psicológicos y psiquiátricos.

ABSTRACT

In the adversarial criminal justice system of Córdoba (Argentina), lay jurors and professional judges jointly form mixed courts responsible for determining criminal liability. Decision-making is influenced by many factors, including the evaluation of evidence and mental health expert testimony. This article examines how cognitive biases affect the interpretation of such expert reports, focusing on deference to experts. Drawing from Kahneman's dual-process theory and common biases in uncertain contexts, as well as theories of persuasion and epistemic sufficiency in judicial proof, we analyze qualitative and quantitative data from three criminal trials involving lay jurors in Córdoba. We explore whether jurors and judges exhibit implicit deference or bias toward psychological and psychiatric expertise.

¹ Abogado, Procurador, Especialista en Derecho Penal y Magister en Derecho y Argumentación (UNC), Profesor de la Facultad de Derecho UNC y de la Universidad Siglo 21. Investigador categorizado Secretaría de Ciencia y Tecnología, UNC. Juez de Cámara en lo Criminal de 9 Nominación Poder Judicial de la Provincia de Córdoba. Correo electrónico: martin.bertone@unc.edu.ar. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0059-6592>.

PALABRAS CLAVE: jurado popular, sesgos cognitivos, pericia en salud mental, racionalidad judicial, prueba judicial.

KEY WORDS: lay jurors, cognitive bias, mental health expertise, judicial rationality, legal evidence.

I. Introducción

En Córdoba, Argentina, los jurados populares participan en el juzgamiento de ciertos delitos penales, decidiendo junto a jueces técnicos la culpabilidad o inocencia de los acusados. Este sistema, previsto en la Ley 9182 y el Acuerdo Reglamentario n.º 260/2017, conforma tribunales escabinados integrados por ocho jurados populares y tres jueces técnicos. Los jurados resuelven los hechos y la autoría, mientras los jueces determinan el derecho aplicable, la pena y las costas. Las decisiones se adoptan por mayoría simple, debiendo el presidente votar en caso de empate. A diferencia del modelo anglosajón, la sentencia debe ser motivada, y el presidente puede fundar los votos de los jurados populares.

La prueba constituye el eje central del proceso. Según Ferrer Beltrán (2005), una proposición se considera probada cuando los elementos aportados permiten demostrar su verdad. Distingue entre la racionalidad epistémica y la persuasiva, según el valor asignado a los medios probatorios. Dentro de las pruebas, se destacan las periciales, especialmente las referidas a la salud mental de acusados, víctimas o testigos, elaboradas por peritos oficiales o de control.

Para Vázquez Rojas (2015), el peritaje es un testimonio experto que aporta conocimiento científico, Vázquez Mezquita y Catalán (2008) indican que la confiabilidad de un peritaje depende de requisitos como la revisión del expediente, informes forenses, entrevistas y antecedentes del peritado.

Respecto del marco pericial multidisciplinar se seleccionó las pericias en salud mental dado el especial vínculo de protección de derechos humanos².

Explica Jordi Ferrer Beltrán (2007) dentro de la libre valoración de la prueba, existe la concepción "persuasiva", siendo sus características: a) la apelación a la íntima convicción del decisor como único criterio; b) el principio de inmediatez de manera fuerte; c) débiles exigencias de motivación de la decisión probatoria sobre los hechos; d) un sistema de recursos con limitado control para revisión de la decisión judicial. Este modelo de persuasión es coherente, pero carece de racionalidad desde lo epistemológico. Por otro lado, existe la concepción "racionalista" de la prueba, cuyas características son: A) Se recurre al método de corroboración y refutación de hipótesis, como forma de valorar racionalmente las pruebas –no en creencias de ninguna persona-. B) El principio de inmediatez se presenta limitado. C) La motivación de la decisión sobre los hechos es una exigencia fuerte. D) El sistema de recursos es amplio para pedir el control y revisión de la decisión del juez de primera instancia.

Se entiende por persuasión, a la capacidad que poseen la mayoría de los seres humanos

2 <https://www.csjn.gov.ar/cmfc/files/pdf/CACF%202023/CACF%20%202023Areco-Luna.pdf>

para que los demás adopten puntos de vista similares a los suyos, es decir, para modificar las actitudes (creencias, opiniones) y sentimientos de los otros, de manera tal que éstos lleven al individuo a valorar las cosas y/o a las personas de acuerdo a los intereses del sujeto persuasor.

El proceso de persuasión se explica a partir de dos marcos teóricos, uno es el de las teorías del aprendizaje, que se enfoca en la fuente emisora y en el mensaje, en las características de las personas que suelen ser más persuasivas y cómo deben ser los mensajes para incrementar su influencia sobre los demás. El otro es el de la respuesta cognitiva, hace hincapié en el receptor del mensaje, e indaga cómo son procesados los mensajes en su mente y cómo influyen posteriormente en sus comportamientos, sentimientos y pensamientos.

En los debates orales, se transmite información clave entre peritos y decisores legales. Sin embargo, la psicología cognitiva advierte sobre el fenómeno por el cual una persona acepta lo dicho por quien considera experto, reduciendo su propio análisis crítico. Esta actitud comprende los sesgos cognitivos —atajos mentales inconscientes—, los cuales podrían afectar la imparcialidad y racionalidad de la decisión en el juicio.

El presente trabajo es parte de una tesis de maestría en donde se analiza, a partir de entrevistas a jurados y otros actores judiciales, si tales mecanismos de pensamiento deferente y sesgos cognitivos operan en la relación entre decisores legales y peritos en salud mental durante el proceso penal oral.

II. Sesgos y otros errores en el pensamiento

En relación a los errores en el procesamiento mental de las personas que reciben información en contextos de incertidumbre, el campo de la psicología del conocimiento realizó trabajos significativos, así Tversky, Slovic y Kahneman (1982), estudiaron la manera de percibir en contexto de incertidumbre, poniendo de manifiesto los sesgos cognitivos y las reglas heurísticas.

Los sesgos son las específicas operaciones que realiza la mente del ser humano de manera inconsciente para entender la información que recibe del entorno externo (por ejemplo el cálculo de la distancia a un objeto a través del uso de la visión); y las reglas heurísticas son el conjunto de inferencias mentales, que logran economizar recursos (temporales, biológicos, etc.).

Cabe destacar que estos procesos ocurren “inevitablemente”, dado que, al recibir información desde los sentidos, la mente reduce la información compleja de forma que los procesos mentales se simplifican para tomar decisiones más eficientes, haciendo énfasis en puntos que el cerebro automáticamente evalúa como esenciales, sobre la base de la necesidad de automatización de procesos biológicos, el menor tiempo de resolución y la utilización de menos energía vital.

Daniel Kahneman y otros autores problematizan cómo estiman los individuos la probabilidad de un evento incierto; ante la incertidumbre la mente elabora respuestas con un número limitado de principios heurísticos, reduciendo tareas complejas de probabilidades y valores predictivos a operaciones más simples. Estos elementos heurísticos son en general bastante útiles, pero pueden conducir a errores sistemáticos.

Estos autores, especifican los sesgos de “representatividad” (probabilidad de que un objeto o evento A pertenezca a la clase o al proceso B); “disponibilidad” (estima la frecuencia de una clase o la plausibilidad de un desarrollo particular) y “ajuste y anclaje” (Se entien-de por tal a la predicción numérica cuando se dispone de un valor relevante dado por los interlocutores, cuando en la escala numérica completa la amplitud es mayor).

Para Kahneman, una mejor comprensión de las decisiones en incertidumbre y los sesgos, publicó el libro *Pensar rápido, pensar despacio* (2012), destacando que toda la vida de los seres humanos está condicionada por el pensamiento. Advierte que existen dos sistemas cerebrales, presentes en toda persona, un sistema que llama “Nº1”, caracteriza-do por ser rápido, instintivo e irracional; y el otro sistema se denomina “Nº2”, el cual es más lógico, conlleva más tiempo, necesita más trabajo y energía vital.

Ambos sistemas coexisten por razones biológicas y de supervivencia, respondiendo a la “ley del mínimo esfuerzo”. El cerebro humano es sometido a restricciones por esta ley; dado el completo sistema biológico vital (doce sistemas), sólo al pensar se consume aprox. el veinte por ciento (20%) de toda la energía para vivir, esto es la quinta parte de todo el organismo (Quijada, 2016).

En base a esta ley del mínimo esfuerzo, Kahneman describió al sistema Nº1 como un sis-tema vinculado a procesos imprescindibles para subsistir, opera automáticamente en la vida cotidiana, decide de manera rápida las actividades de supervivencia inmediata (por ejemplo, calcular distancias con los objetos para desplazamiento sin golpearse, guiarnos a la fuente de un sonido para comunicarnos, etc.). Así, el sistema Nº1 utiliza mínima ener-gía vital, además ahorra tiempo, sin embargo, contiene tiene límites operativos ante una situación compleja, no puede resolverla, necesariamente el mismo sistema Nº1 solicita la entrada en acción del sistema Nº2 para solucionarlo.

Kahneman (2011) afirma que puede desencadenarse un “efecto anclaje” cuando el siste-ma Nº1 toma la gran mayoría de las decisiones, dejando al sistema Nº2 de lado, ocasionando errores con el entorno externo.

El sistema Nº2 permite construir un sistema más complejo, con análisis precisos, esfuer-zo mental constante, y logra concentrar la atención en una escena específica; implica más esfuerzo, más energía mental, tiempo y elaboración racional. Es un sistema que se encuentra en estado de espera, por lo que sólo opera ante una situación compleja. Con-trariamente, si fuera utilizado continuamente, la subsistencia humana sería imposible por la gran cantidad de energía y tiempo, por ejemplo, si el sistema Nº2 se utilizase para despertar a la mañana, analizar de forma completa la mejor manera de iniciar los siste-mas vitales (estiramientos de músculos, sistemas visual, auditivo, etc.), insumiría tanta energía y tardaría tanto tiempo que gran parte de la energía y tiempo del día lo llevarían solo estas elecciones; quedando muy reducida la energía y tiempo para otras tareas como trasladarse, trabajar, relacionarse, aprehender, etc.

Regresando al sistema Nº1, una de las actividades prioritarias es la “asociación” y la ca-pacidad “heurística”. El poder de las asociaciones es trascendente dado que al observar dos hechos similares, el cerebro los va a relacionar, entrelazándose en la memoria, más allá que encajen o no en la realidad que se está observando. Por otra parte, la capacidad “heurística” permite interpretar la realidad natural, que en forma conjunta con la aso-

ciación forman en la mente la tendencia a considerar lo ocurrido en el pasado como de producción segura en el futuro. Así la asociación que se construye mentalmente hacia el porvenir se considera subjetivamente cierta y útil para examinar el mundo exterior. La mente crea la relación de causa y efecto, utiliza un atajo mental, logrando tomar decisiones y obtener soluciones, que sean adaptativas al entorno, económicas en lo energético vital y ágiles en el tiempo.

Ahora bien, estas actividades también conducen a errores propios del sistema N°1 pudiendo generar decisiones equivocadas. Dentro de los atajos más relevantes se encuentra: el “efecto de halo”, es la tendencia de la mente a simplificar la información, por lo que permite continuar trabajando en otro tema (p.e. recién conoce una persona logrando empatizar, automáticamente le atribuye capacidades y habilidades presuponiendo le son inherentes).

Además, el sesgo de “confirmación” es la tendencia a observar y priorizar la información que confirma las creencias previas formadas mentalmente sobre una situación.

Otro sesgo del sistema N°1 es el “status quo”; según el que las personas se resisten a los cambios (ante una nueva modalidad de trabajo, se niega a adoptarla, continuando con los hábitos y procesos laborales anteriores).

El autor también destaca al sesgo de “retrospectiva”, el cual se basa en la historia reciente y en el paso del tiempo, minimizando la situación de desconocimiento anterior; (los resultados de fútbol luego del partido parecían evidentes, cuando antes de la contienda resultaban objetivamente inciertos).

El efecto “exceso de confianza”, la duda e incertidumbre producen incomodidad en el sistema biológico, psicológico y emocional, por lo cual las personas minimizan esas sensaciones desagradables resaltando la confianza en el logro de situaciones que objetivamente no las tienen.

El efecto “cebado”, se da cuando un determinado estado mental predispone a una persona para tomar decisiones determinadas por los resultados obtenidos en otras áreas. Por ejemplo, cuando el padre está de buen humor, es más probable que acepte prestarle al joven hijo las llaves de su coche, y en situaciones normales no compartiría.

El afán de la “predicción”, se produce cuando las personas se obsesionan en predecir el futuro, pero olvidan que la esencia del mundo en sí mismo es impredecible, siendo objetivamente imposible tener conocimiento sobre lo que va a ocurrir mañana. El ser humano depende de la creación de un modelo del mundo, que se cree “normal”, las ilusiones de teorías para predecir el mundo se encuentran respaldadas por una comunidad.

Además de lo expuesto, Kahneman describe la “tensión cognitiva” y la capacidad de “sorprenderse”. El científico expresa su importancia para despertar las alertas de los sentidos y sobrevivir al entorno. Así, esta capacidad para sorprenderse es un sistema de alertas que inicia el sistema N°2 lo que llevaría a neutralizar los sesgos.

El citado autor afirma que mantener constantemente la tensión cognitiva con la utilización del sistema N°2 para decidir todo de forma racional es absolutamente imposible.

En relación a la “teoría de la perspectiva”, las decisiones mentales están muy influenciadas por la forma en la que están expresadas. Sostiene que un evento raro es más aceptable si se expresa como una posibilidad remota, en lugar de pensarlo con probabilidad estadística.

La “teoría de la aversión a la pérdida” explica el funcionamiento del sistema de valoración, dado que las personas valoran subjetivamente como más importante lo que perdemos que la ganancia futura; así se decide priorizando conservar lo obtenido. Resulta muy difícil analizar y decidir que se acepta la posibilidad de pérdida en post de ganancias superiores. En un enfoque biológico y psicológico la negatividad y la huida responden al instinto de supervivencia, hace que reaccionemos con rapidez ante amenazas, aunque sean sólo de palabras e imágenes ideales.

Kahneman no solo describió los sistemas de pensamiento, sino que formuló la “teoría de los dos yo”: el yo que experimenta, ligado a las sensaciones inmediatas, y el *yo que recuerda*, que evalúa lo vivido y gobierna la mente. En el ámbito jurídico, Muñoz Aranguren (2011) destaca la incidencia de los sesgos cognitivos en la valoración de la información, especialmente el de representatividad y el efecto halo, frecuentes en la toma de decisiones judiciales.

La relación entre jurados populares y peritos en salud mental constituye un espacio de comunicación entre dos tipos de autoridad: los primeros deciden sobre los hechos, los segundos aportan legitimidad científica. De esa interacción surge el proceso de toma de decisiones en el juicio oral.

La investigación —parte de una tesis de maestría en Derecho y Argumentación Jurídica (UNC) dirigida por el Dr. Federico Arena— abordó un análisis descriptivo cualitativo y cuantitativo de experiencias de jurados en debates orales donde se discutían aspectos de salud mental. Este estudio se originó en el proyecto de investigación 2020-2022 “Estándares de la Prueba Pericial en el Jurado Popular”, dependiente de la Secretaría de Ciencia y Técnica de la UNC.

Respecto del universo de casos, en una Cámara del Crimen de Córdoba, anualmente se sustancian aproximadamente cien juicios anuales, entre los cuales aproximadamente el 15% son juicios abiertos (los restantes son procesos abreviados)³, entre ellos son escasos los casos de discusión sobre temas de salud mental vinculados con la acusación fiscal (aprox.3 %).

Las causas seleccionadas fueron:

1. *I.W.M. p.s.a. abuso sexual con acceso carnal calificado*, en la que un padre abusó de su hija, quien luego se suicidó; el acusado fue condenado por abuso y homicidio calificado (Cámara Correccional y Criminal de 3° Nom. Cba. S.34, 06/08/2021, sac 9055601).
2. *B.B.M. p.s.a. lesiones gravísimas calificadas*, donde la imputada mutiló a su pareja durante un encuentro sexual, alegando defensa frente a la violencia de género, argumento que fue desestimado (Cámara Correccional y Criminal de 2° Nom. Cba. S.74, 09/10/2019, sac 6842158).

3 fuente: <https://cgee.justiciacordoba.gob.ar/camaras-en-lo-criminal-y-correccional/>

3. *L.A.Q. p.s.a. homicidio calificado por el vínculo*, donde una mujer, víctima de maltrato de su pareja, dio muerte al agresor durante una discusión familiar (Cámara Correccional y Criminal de 12° Nom. Cba. S.09, 27/04/2017, sac 2688657).

III. Recolección y análisis de datos

Las entrevistas fueron semi estructuradas, exploratorias y descriptivas; como segundo paso, se solicitó colaboración de la Oficina de Jurados Populares del Poder Judicial de Córdoba, dirigida por el Ab.Esp. Gonzalo Romero, y se suscribieron acuerdos de confidencialidad, consistente en guardar secreto sobre la identidad de las personas entrevistadas. Durante las entrevistas se generó interacción entre entrevistador/a y entrevistado/a, en base a una guía de preguntas preestablecidas, las que se fueron respondiendo verbalmente. Las entrevistas pudieron lograrse en un número aceptable, totalizando 19 entrevistas, a razón de 9 jurados populares, 7 peritos en salud mental, y 3 jueces técnicos. En lo concerniente al análisis de campo, los criterios cualitativos observados en las respuestas se transcriben parcialmente a continuación respetando las expresiones textuales, para reducir la discrecionalidad por interpretación subjetiva. Sólo se ha realizado la transcripción de las frases más relevantes, dado que transcribir en totalidad lo cualitativo excede el marco extensivo del presente.

En la faz cuantitativa se contrató los servicios profesionales de un Lic. en Ciencias de la Computación, Tomás Agustín Maraschio.

Las abreviaturas se adoptan para preservar la reserva de secreto profesional e identidad de los entrevistados, los jurados populares se los identifica con las siglas "JP" seguidas de un orden aleatorio de entrevistas. Se reproducen a continuación los enunciados considerados más relevantes.

1. Valoración probatoria racionalidad epistémica

JP1: "La verdad, lo primero que me tocó fue la sensibilidad de ver entrar a la señora en silla de ruedas, muy enferma. Se notaba que había sido a causa de esto. Sin duda que la había pasado muy mal. Ahí me di cuenta que yo tenía que armarme de un caparazón y que no podía guiarme por lo que estaba viendo, sino por las pruebas; y a estar muy atento sobre lo que dicen los profesionales: las pericias, testigos, psicólogos".

JP2: "Tomando en cuenta todo lo que se planteó y lo que se vio con respecto a los testimonios y todo lo que había presentado el fiscal en esa oportunidad, y me parece que lo que se nos pidió a nosotros que decidamos, fue lo más coherente que se había plasmado durante todos esos días".

JP3: "Creo que la mayoría, de acuerdo a las pruebas y a lo que se presentó, estábamos de acuerdo para que la sentencia fuera la que se dictó. Esto a medida que iba pasando el juicio, íbamos viendo las pruebas, íbamos escuchando los relatos de cada una de las personas, y ahí creo que va formando cada uno su opinión respecto al caso. Al principio como que uno duda, no sabe si realmente es así o no es así, y al final no me quedó duda de que la sentencia tenía que ser la que fue ...creo que poder escuchar los testimonios... ver el expediente y ver las fotos, leer y poder informarse, hace que realmente mi respuesta sea en base a lo que fui viendo".

JP4: “Los jueces en parte, han hecho una carrera, son profesionales y todo eso. conversando con mi odontóloga, que estaba casada con una persona que era juez, las cosas que me contaban eran de terror, según ella, él la quería matar y buscar de hacerlo pasar como si fuera un accidente, cosas de terror. Me parece que son seres humanos como cualquiera, y que se les escapa la tortuga como a cualquiera. Y sí habrá jueces buenos, seguro, como en todo, pero de ahí, a decir la palabra juez es la palabra soberana, de alguien que no se equivoca nunca, eso no, a mí me parece que son seres humanos y están cargados de mambos y los reflejarán en cada caso”.

JP5: “Nos dieron unas carpetas donde estaban las pericias médicas, psiquiátricas, las declaraciones, y se nos explicó dónde buscar cada cosa, tuvimos acceso a todo, siempre y al final del proceso ... estuvimos 4 o 5 horas durante toda la mañana y decidimos”.

JP6: “nos pusimos a leer porque eran muchas hojas y con términos jurídicos, que la gente común no estamos habituados a eso. Pero había bastante material para leer, al acceso de uno. Yo le daba un pantallazo en algunas partes que tenía dudas ... yo no cambié de opinión durante el proceso, no, siempre me mantuve con el misterio y la duda para ver de qué se trataba. No la prejuzgue a la acusada ni nada de eso. Me parece que cada caso es un mundo, y empecé a valerme de las pruebas que me brindaban. Y en base a eso tomé la decisión. Nos decían cómo funciona el sistema, qué funciones teníamos que cumplir. Obviamente uno por ahí quería juzgar desde el corazón, pero lo que juzga es la razón”.

JP8: “El conjunto de todo lo que explicaban y contaban, para mí fue eso. No hubo algo determinante, sino el conjunto me llevó a la decisión que la acusada era culpable. Para mí fue así...debe ser que también soy terapeuta, pero me gusta ir analizando un poco todo...Después cuando pasaron los días, tomé la decisión”.

JP9: “Sí, la gente de la oficina de jurados, excelentemente, estaban ahí para que le preguntemos, nos sacaban dudas. En ningún momento interfirieron en nuestra decisión. Nunca hubo ningún direccionamiento en las respuestas. Así que después de haber terminado, entendí que eso estaba muy bueno. La decisión fue totalmente nuestra”.

De la lectura cualitativa se desprende de importancia la expresión de un JP de la imagen de un “caparazón”, dado que es muy gráfica y muestra que se sintió afectado por emociones y persuasión, sin embargo realizó un esfuerzo intelectual por guiarse por las pruebas, podría decirse que puso en funcionamiento el sistema N°2.

Por otro lado, se observa que la mayoría expresó la sensación de transitar un proceso interno de reflexión en el cual todos los ingredientes emocionales y racionales llevaron a la toma de decisiones sobre el tema, exponiendo la importancia del conjunto integrado de conocimientos de múltiples orígenes.

En lo cuantitativo este rubro presentó la siguiente progresión numérica, a saber: media de 0,7894767, porcentaje de 78,947%, varianza de 0,1754386, desviación estándar de 0,4188539. Estos guarismos dan cuenta que en la gran mayoría de las entrevistas se plasmó la construcción del conocimiento como base en la racionalidad epistémica, corroborando su gran incidencia decisional.

2. Persuasión:

JP1: “yo veía ahí el fiscal cómo actuaba...muy bien. Confío cien por ciento”.

JP2: “Tomando en cuenta todo lo que se planteó y lo que se vio con respecto a los testimonios y todo lo que había presentado el fiscal en esa oportunidad. Las pericias de salud mental...por ser psicopedagoga es que confío mucho en lo que puede decir un profesional. La verdad que yo no conocía nada sobre el caso, de modo que no tenía un juicio de valor previo a esto. Lo que conocí, lo conocí ahí, por eso tomé la decisión que tomé cuando me pidieron mi opinión...me acuerdo del testimonio de la psiquiatra que había atendido a la víctima y me convenció”.

JP7: “Yo todo el tiempo durante el juicio observaba a la persona que estaba testimoniando y también la observaba a ella, la acusada, para ver si era una persona que está arrepentida o que tiene algún tipo de sensibilidad...no, no nada de eso, ella no mostraba nada. Era la frialdad de una persona narcisista, superior. Esto a simple vista, nosotros no podíamos charlar con ella... además, esa parte de querer hacerse la sensible...después de haberla visto durante todos los días, en una parte final del juicio, se emocionó y no se sentía que era tan real. No sé bien cómo explicarte, porque no soy experta en eso, no estudié psicología ni nada. Pero a simple vista te daba la sensación de ser una persona fría y muy manipuladora también. Había mucho tipo de búsquedas para deshacerse de un vehículo y de una persona. Había muchas búsquedas para no dejar rastro ... Entonces fue mucho”.

Los párrafos expresados por los jurados populares demuestran que la persuasión por parte de los expertos e intervinientes en estos juicios, incidieron en las decisiones que tomaron al finalizar, dado que el uso de vocablos reiterados como “confío cien por ciento”, “frialdad”, “narcisista”, “manipuladora”, muestran que la construcción de la decisión se vio afectada por lo expuesto en la audiencia y transferido por esos actores; ahora cabe destacar que los entrevistados no profundizan en esos conceptos, sólo los repite sin expresar nada más al respecto.

En lo cuantitativo, este rubro presentó la siguiente progresión numérica, a saber: media de 0,36842105, porcentaje de 36,842%, varianza de 0,24561404, desviación estándar de 0,49559463. Estos guarismos dan cuenta que en un porcentaje muy inferior a la mitad de se pudo constatar signos de persuasión; ahora bien, si existen en la forma de percibir el conocimiento, y efectivamente se pudo poner de manifiesto, lo que implica la trascendencia de esta forma de conocer.

3. Perito acreditado:

El ámbito de la cognición social se relaciona con la reducción de sesgos cognitivos implícitos la actividad que consiste en someter al testigo experto a cuestionamientos, con ello se afecta la deferencia en la toma de decisiones. En tal sentido Carmen Vázquez Rojas⁴ propone conocer si el perito está suficientemente acreditado en su disciplina científica, si al hacer su estudio pericial analizó la información previa del caso de forma completa, si el informe pericial fue sometido a las técnicas de examen y contra examen, si presentó defectos o fue contradictoria.

4 Vázquez Rojas. C. (2015). De la prueba científica a la prueba pericial. Marcial Pons.

Sin respuestas de significación en lo cualitativo, dado que los entrevistados frente a la pregunta sólo respondieron por si o no, sin aclaraciones.

Ahora bien, se advierte información relevante en lo cuantitativo, dado que se observó que la totalidad del grupo de peritos y jueces técnicos entendieron que sí se habían acreditado con su currículum ante la audiencia del juicio oral; sin embargo, los jurados populares respondieron en forma dispar a ese interrogante, sólo algunos de ellos sí recordaron las acreditaciones profesionales de los peritos. Esto dio por resultado que los porcentajes totales de todos los grupos (jurados populares 9 de los cuales 5 no recordaron las acreditaciones y 4 si lo hicieron-, peritos 7 y jueces técnicos 3) fueron los siguientes, media 0,736842105, porcentaje 73,684%, varianza 0,204678363, desviación estándar 0,452413928. Esto muestra que la acreditación del carácter de experto del perito fue limitadamente atendida por los jurados populares y por el contrario se le prestó mucha atención por parte de los profesionales participantes tanto en salud mental como en el ámbito jurídico.

4. Perito analizó información previa completa

Sin respuestas de significación en lo cualitativo, dado que los entrevistados frente a la pregunta sólo respondieron por si o no, sin aclaraciones.

Pasando a la faz cuantitativa se advierte que solo dos jurados populares respondieron que sí se expresó en la audiencia que habían examinado todas las constancias de la causa, y siete jurados populares expresaron que no. En el ámbito de los peritos, seis de ellos respondieron que sí habían examinado todas las constancias anteriores del caso, excepto uno de los peritos quien expresó que hizo un sólo abordaje de la acusada dentro de los primeros actos de la investigación, por lo que no hubo antecedentes para estudiar; los jueces técnicos dos de ellos entendieron que si lo expresaron y uno no. Esto dio por resultado que los porcentajes totales de todos los grupos fueron los siguientes, media 0,473684211, porcentaje 47,368%, varianza 0,263157895, desviación estándar 0,512989176. Esto muestra que para los decisores legales la completitud del análisis del perito experto para fortalecer su dictamen es relativa.

5. Pericia examinada y contra examinada:

JP2: "Hubo varias opiniones de la gente relacionada con la parte de salud. Hubo gente que había atendido a la víctima y después estuvo en la pericia que le hicieron al imputado".

JP3: "Me acuerdo que era una Dra...no me acuerdo si era la pericia psicológica. Y después habló una perito, y el forense...fueron claras, muy claras".

JP5: "los abogados...estaba una chica, que era la abogada de él. Mi idea es que ella estaba muy confiada en el resultado, porque ella hacía lo justo y necesario. No iba más allá. Obviamente, el abogado de ella era mucho más extenso. Bueno, el fiscal...súper agresivo".
JP8: "el abogado o el fiscal tienen su forma de actuar. Yo veía cómo venía la mano y enseguida lo pude resolver en mí".

JP9: "Ah, sí, sí me acuerdo. Una sicóloga, una rubia, ahora sí me acuerdo. A mí me daba la sensación que mentía para el lado suyo. Entiendo que debe ser así, está para defender a la otra parte".

Se observa que varios intervinientes sí recordaron presenciar la discusión típica del contradictorio del juicio oral, donde fiscales y defensores, formularon interrogatorios en base a las posturas que querían representar.

Sin embargo, quedó de manifiesto que esto no se realizó de manera intensa en todos los casos, y que las posturas de cada parte y peritos quedan plasmadas con una intensidad superior a la media, esto muestra que la postura recomendada por la doctrina reseñada (ver Carmen Vázquez) es pertinente para intentar enseñar y fortalecer el ejercicio del contradictorio. Conviene agregar que también se mostró en el comentario del JP5 y JP8 que el contradictorio del juicio mostró la diferente intensidad de participación activa de cada uno de los representantes de las partes del conflicto, lo que fue captado por la sensibilidad de estos jurados populares.

A su vez en lo cuantitativo se observó que la media es de 0,157894737, el porcentaje fue de 15,789%, la varianza de 0,140350877, por último la desviación estándar 0,374634325. De tal modo, el bajo porcentaje de análisis sobre la discusión de los defectos en los informes periciales, revelan que este punto no se expuso en los juicios.

6. Pericia contradictoria:

Lo cuantitativo reveló que la media fue de 0,105263158, el porcentaje 10,526%, la varianza 0,099415205 y la desviación estándar de 0,315301768. Esta cuestión de la contradicción dentro del informe pericial fue escasamente expuesta en los juicios.

7. Sesgo de representatividad:

JP1: “Yo no fui con ninguna decisión formada, ni nada. La verdad lo primero que me tocó fue la sensibilidad de ver entrar a la señora en silla de ruedas, muy enferma. Se notaba que había sido a causa de esto. Sin duda que la había pasado muy mal”.

JP2: “Las pericias de salud mental...por ser psicopedagoga es que confío mucho en lo que puede decir un profesional”.

JP6: “sí, explicaba y movía las manos, uno de ellos recuerdo que me llamó la atención porque gesticulaba mucho (hace ademán de malabares). No me hizo dudar de sus dichos porque por lo menos hablaba contundente firme. No dubitativo. No dudé de su palabra. No soy técnico, ni nada parecido pero parecía bastante serio lo que decía. Y coherente con las pruebas que estaban presentadas”.

JP8: “n°el fiscal fue increíble, nunca había visto algo así. Primero me gustó cómo el fiscal explicó todo, de punta a punta. No me acuerdo el nombre, era un hombre morocho de rulitos. Estaba del lado contrario a estos chicos, y era impecable. Ahí yo me quedé sorprendido, porque más que en películas, yo no había visto...se acordaba de todo, de cada detalle sin leer nada. Eso me pareció excelente. En lo que tiene que ver con los testigos, en la misma situación, unos cuentan una cosa y otros cuentan otra cosa. Entonces teníamos que atar hilos, y recordar y decir acá me acordé de tal cosa. Entonces ahí los abogados tienen que laburar a full, para ver cómo es la situación y con qué nos quedamos”.

JP9: “La sicóloga sí influyó, porque yo soy bastante observador de eso, y sí me llamó la

atención la tranquilidad, la seguridad. La vi tranquila. La quietud, la estabilidad de la voz. Sus respuestas concretas y claras. Y no la noté nerviosa para nada, en ningún momento. De ella no tuve dudas ni mostró falta de fundamentos. Sí me acuerdo que la persona que estaba ahí al frente era una persona tranquila, segura, con mucho conocimiento de lo que decía. Nadie la cuestionó demasiado, porque aparentemente estaba dando información verídica”.

Para este trabajo los dichos de la víctima que había sufrido a causa del hecho para el jurado popular representó “se notaba que había sido a causa de esto. Sin dudas que la había pasado muy mal”, implica la resignificación interpretativa de una situación fáctica, y le asignó a esa situación fuerza de representación completa de la clase a la cual la vinculó como víctima. El impacto del daño de la víctima es un factor relevante.

En las restantes respuestas se puso de manifiesto que la forma de expresarse, la gestualidad de los peritos expertos que declararon influyó en la toma por parte de los receptores del mensaje en pensar como ciertos sus dichos, por lo que este sesgo de representatividad se plasmó claramente en actitudes cuando efectivamente pensaron los entrevistados la probabilidad de que un objeto o evento A pertenezca a la clase o al proceso B.

En lo cuantitativo resultó que la media es de 0,947368421, el porcentaje 94,737%, varianza 0,052631579 y desviación estándar 0,229415734.

Con todo lo expuesto se ve que en la praxis judicial de los casos examinados este sesgo de representatividad fue intenso superando más del noventa por ciento de los entrevistados, ratificando la postura asumida sobre que la deferencia implícita está constituida en parte por este sesgo cognitivo.

8. Sesgo de disponibilidad:

JP6: “valoraron los test de las pericias, claro, porque en las pericias a veces les dicen qué test y técnicas fueron utilizadas. La verdad que no estoy familiarizado con los test, ni las técnicas que usan. Las vi por primera vez en esa audiencia. No te puedo decir si estuvo bien o mal porque no soy psicólogo ni nada de eso, soy electricista. No te puedo decir si estaba bien o mal, confío en ellos, en su profesionalismo”.

Este sesgo se ve plasmado en una de las respuestas brindadas por los entrevistados cuando se omite estimar la frecuencia relativa de una clase con la plausibilidad de un desarrollo particular.

En lo cuantitativo se observó que la media fue 0,052631579, el porcentaje 5,263%, la varianza 0,052631579 y la desviación estándar de 0,229415734. Esto coincide con los datos cualitativos observados, siendo muy escasa la consideración racional de este punto en la toma de decisiones; este resultado se relaciona con el modelo educativo en cuanto postula la significación de la enseñanza para advertir la presencia de este sesgo en el decisor legal.

9. Sesgo de ajuste y anclaje:

JP2: “Tomando en cuenta todo lo que se planteó y todo lo que había presentado el fiscal en esa oportunidad, la decisión fue justa”.

JP4: “no me parece que se haya llegado a una sentencia justa. A la chica no sé cuánto le dieron, no sé si no le dieron cadena perpetua. Yo dije, estos están locos. El tipo la molía a golpes, ella era un trapito de cocina. Aparte imagíneme a mí, que con un grupo de mujeres hemos trabajado a brazo partido contra la violencia de género. Y ver que el tipo la cagaba a palos, la sacaba afuera y la hacía dormir con los perros, con el frío. No sé, al fin la mayoría de los jurados populares votamos que no tenga prisión. Pero después como votaron los jueces técnicos entonces ganaron”.

JP5: “el fiscal había pedido 15 años y por la acusación sale que había sido culpable, pero después se bajaron un par de años; porque no tenía antecedentes y había mostrado buena conducta durante el proceso. Entonces se le bajaron los años, de acuerdo a la decisión del jurado popular. Al principio, desde lo que se planteaba en el caso; o lo que se planteaba desde la defensa, uno podía decir: ¿no se habrá defendido y pudo ser realmente una violación? Y después empezás a ver todo, y ves que fue algo que se planeó. Empezás a ver las anotaciones de ella, que era algo totalmente predeterminado. Entonces sí cambió. Al comienzo uno podía pensar que quizá no haya sido con intención de matarlo, y haya sido una reacción del momento, pero ya al final, viendo todo, no, si fue con intención de matar”.

Este sesgo se ve plasmado en las respuestas brindadas por los entrevistados porque hacen una estimación a partir de un valor inicial (anclaje), que progresivamente se ajusta a medida que obtiene información adicional; por lo que va a depender del valor en el que haya comenzado. En este punto se advierte que la propia dinámica del juicio por jurados implica la contradicción entre las posturas disidentes de las partes.

En el análisis cuantitativo resultó media 0,315789474, porcentaje 31,579%, varianza 0,228070175, desviación estándar 0,477566933.

10. Sesgo de retrospectiva:

JP1: “Y bueno, te toca que el padre violaba a la hija, y te toca por una sobrina o por tu hija. Te toca mucho. (esta pregunta no se profundizó porque el jurado popular entrevistada estaba muy angustiada, sollozando y no se estaba en condiciones de abrir ese diálogo ni contenerla)”.

JP4: “no me parece que se haya llegado a una sentencia justa, imagíneme que con un grupo de mujeres hemos trabajado a brazo partido contra la violencia de género, ver que el tipo la cagaba a palos, la sacaba afuera y la hacía dormir con los perros, con el frío. los vi, más que nada al fiscal; al defensor, lo vi como desprovisto de todo, desprovisto de alma. No sé, tal vez esa es su función, qué se yo Imaginate esta mujer, era un caso atroz, yo dije: están todos locos, por favor, si esto es la Justicia son casos que te llegan muy de cerca. Porque yo luchando contra la violencia de género y todo lo que tuve que escuchar, se me removían las tripas. Y el otro era un chango muy jovencito, que yo lo veía como la edad de mis hijos, creo que se drogaba, así que bueno era todo muy cercano”.

JP7: “Fue todo raro, yo pasé por un proceso personal hace unos cuantos años, y pensé que no iba a volver a entrar por una puerta de Tribunales. Fue shockeante en ese momento, por esta experiencia particular, que no había sido muy grata. Mi percepción de Tribunales era malísima. A ver...para que me entiendas: yo fui de querellante en juicio

por el asesinato de mi papá. Por esa causa, me costó mucho superar esa parte. Y justamente la persona que había estado presa 1 año y medio por el homicidio, pero terminó saliendo en libertad, porque ante la duda, la libertad es lo máspreciado. Aparte, en ese momento, esa persona tenía un abogado que era de súper renombre. Y nosotros teníamos un abogado que podíamos pagar con mis hermanas. Por eso daba la sensación que el que más poder y más plata tiene, es como que sale impune. Entonces ahora, vivir esta experiencia, me dio un poco más de tranquilidad, sobre que a veces pueden llegar a esclarecerse los casos. Por ahí, la mirada de los demás, en este caso los otros jurados populares, te daba un aliciente más de que a lo mejor puede llegar a hacerse justicia. No estábamos influenciados por los jueces, para decir que ellos nos apuntaban tal cosa. En total fueron 10 u 11 audiencias del caso este. Entonces lo que íbamos viendo, ya te empezaba a abrir la cabeza y el panorama para cada uno tener su propia opinión. Lo que más nos impactó fue cuando le tomaron nuevamente declaración a la víctima. Eso fue lo más doloroso. Imaginar la situación fue traumático. Ya contando el tiempo que estuvo desangrándose, la desesperación por intentar llegar afuera antes de sentir que se estaba muriendo, y buscar pedirle disculpas a su pareja en ese momento, porque la había engañado y se estaba desangrando. Eso, la imagen de toda esa parte colgando de un hilo y que te vas en sangre, fue fuerte. Y aparte lo peor de todo, fue que la gente que salía al pasillo ese, o palier, no sabía si ayudarlo o si era un violador. Él decía que era la víctima, pero ella decía que era un violador. si bien no lo atacaron, pero tampoco nadie buscaba ayuda. Yo soy muy sensible, soy una abogada frustrada, me hubiera gustado seguir la carrera”.

Este sesgo se ve plasmado de manera intensa, pero en pocos entrevistados, especialmente en jurados populares.

En lo cuantitativo se observó que la media fue de 0,263157895, el porcentaje de 26,316%, la varianza 0,204678363 y la desviación estándar de 0,452413928. En conclusión, se presentó en pocos entrevistados, pero en los que se manifestó se hizo de manera intensa.

11. Sesgo de confirmación:

JP1: “Un fiscal, yo veía ahí el fiscal cómo actuaba, muy bien. Confío cien por ciento porque te dicen: la violó de los 8 a los 14 años. Y vos decís ay Dios cómo va a hacer esto, y ya le tenés una idea al tipo”.

JP4: “Durante el proceso, cuando usted llegó, le comentaron de qué se trataba el caso, a medida que fue sucediendo la audiencia y demás, no se modificó mi opinión, te digo la verdad, yo apenas los escuché hablar decidí, después, no se me modificó nada. Al contrario, iba sintiendo cada vez más dolor. No me quiero poner en una actitud de soberbia, pero son años, tengo 62 años, he trabajado mucho, mucho con gente olvidada, con gente muy sufrida. Estoy en una Organización Social en donde trabajamos con la pobreza, con el abuso, con el abandono. No creo que la primera vez que la vi, no. Tampoco así no. Pero a medida que la fui escuchando hablar y todo eso para mí era como un trapito de cocina. No era una mujer empoderada.”

JP9: “Ah, sí, sí me acuerdo. Una sicóloga, una rubia, ahora sí me acuerdo. A mí me daba la sensación que mentía para el lado suyo. Entiendo que debe ser así, está para defender a la otra parte”.

Este sesgo en lo cualitativo se manifiesta con intesidad, los entrevistados han observado y priorizado la información que confirmó las creencias previas formadas mentalmente sobre una situación; este sesgo tiene central importancia para aquellos en quienes se detectó.

En relación a lo cuantitativo se mostró que la media fue 0,210526316, el porcentaje 21,053%, la varianza 0,175438596 y la desviación estándar de 0,418853908. La cantidad de entrevistados en cuyas respuestas se puso de manifiesto es apenas del 21 por ciento, ahora la intensidad del sesgo se interpreta de gran influencia.

12. Sesgo de Halo.

JP1: “vi que ese informe fue determinante... me parece que eso era clave”.

JP7: “Cero discusiones, porque a medida que terminaba cada día que habíamos ido, charlamos un poquito entre los que éramos jurados populares, pero todos en ese sentido íbamos viendo lo mismo. No es que alguno tuviera un poquito de duda, no es como que todos íbamos viendo lo mismo y cuando llegó el momento de la deliberación, creo que tardamos segundos. Todos dijimos que era culpable y que habían sido muy benevolentes con la cantidad de años que le dieron de pena”.

JP8: “nosotros estábamos muy confiados entre todos los compañeros. Y discutimos todo el tiempo, pero se llegó a un acuerdo entre todos. Todos pensábamos lo mismo los jurados, y después en conjunto con ellos, los jueces técnicos, que después vinieron y nos hicieron preguntas; para ver si estábamos bien parados o no. Por eso te digo, que estuvo bueno todo lo que sucedió”.

JP9: “me acuerdo, ahora sí, lo había matado la mujer o el hijo en defensa de la mujer. Y bueno, la parte de la mujer alegaba que el tipo había ejercido violencia sobre ella y sobre los hijos. En mi caso sí, lo único que cambió fue que en principio se culpaba a la mujer, y después demostraron que había sido el hijo el que lo había matado, en defensa de la mujer. Que el autor había sido el hijo, pero ahí seguí yo sosteniendo que había sido la mujer”.

Así, se materializa en las respuestas brindadas por los entrevistados de valorar homogéneamente las actitudes, actos y opiniones de las personas porque se entiende que les son inherentes, basando la valoración sólo la empatía o antipatía del interlocutor.

A nivel cuantitativo se demostró que la media fue 0,578947368, el porcentaje 57,895%, la varianza 0,257309942 y la desviación estándar fue 0,507257274.

De esta forma, se muestra en el análisis interrelacionado de datos cualitativos y cuantitativos que este sesgo es superior al cincuenta por ciento de las personas entrevistadas que tuvieron un rol protagónico en los juicios analizados en la praxis judicial concreta. Incluso se refuerza la tesis que este sesgo de halo incide en la toma de postura por la deferencia.

13. Teoría de la aversión a la pérdida:

JP1: “yo ya te digo, imagina, en Casa-Comunidad luchando contra la violencia de género y todo lo que tuve que escuchar, se me removían las tripas. Y el otro era un chango muy

jovencito, que yo lo veía como la edad de mis hijos, creo que se drogaba así que bueno era todo muy cercano”.

JP7: “Y vos viste, que salís a la calle o a cualquier lado y si decís me acaban de asaltar o me acaban de violar, y hay gente. Vos en esa situación lo querés agarrar. Pensás que puede ser tu hija o tu mujer. Entonces ya lo miran con otra cara, si bien no lo atacaron, pero tampoco nadie buscaba ayuda. Creo que fue una chica que le ayudó, que estaba estudiando de paramédico”.

Las respuestas del grupo de jurados populares expuso este sesgo, estas personas valoran subjetivamente como más importante lo que perdemos; sin embargo la ganancia futura es que esta conducta acusada no se repita en el futuro.

En lo cuantitativo reveló que la media fue 0,157894737, el porcentaje fue 15,789%, la varianza 0,140350877 y la desviación estándar fue 0,374634325.

14. Explicó el margen de error:

JP6: “La perito si explicó cuando declaró que el margen de error de sus técnicas era muy bajo. Que eran test con porcentajes de eficiencia muy altos y avalados”.

En lo cualitativo un solo jurado popular observó y recordó lo del margen de error, ahora todos los otros integrantes de las audiencias orales no lo observaron.

En lo cuantitativo se pudo ver que la media fue 0,052631579, el porcentaje de 5,263%, la varianza 0,052631579 y la desviación estándar 0,229415734.

Estos resultados muestran este criterio en la práctica de manera diferente a lo explicado por los autores más destacados, para quienes tiene fundamental relevancia para el equilibrio reflexivo en el proceso oral contradictorio.

15. Los temas relacionados a la explicación del experto si las técnicas y teorías tenían críticas de la comunidad científica como si fueron publicados, se mostraron sin información en lo cuantitativo y cualitativo.

IV. Reflexiones finales

Las entrevistas revelan procesos mentales que influyen en el razonamiento de decisores legales y testigos expertos, actuando sin conciencia ni control. Siguiendo a Kahneman (2012), la tensión cognitiva presente en los debates orales impulsa el paso al sistema 2 del pensamiento, con mayor gasto energético y racionalidad, lo que se vincula con la intensidad del contradictorio y la activación de funciones cerebrales más complejas.

En lo cuantitativo es relevante destacar los criterios que han superado el cincuenta por ciento entre los cuales se encuentran racionalidad empírica, perito acreditado, sesgo de representatividad, y efecto halo; los cuales dan indicios de las influencias sobre cada persona entrevistada respecto de la información experta. Por otra parte, dentro de los criterios inferiores a la mitad porcentual, se destacan dentro del segundo cuarto (entre el 25% y 50%) información completa, persuasión, ajuste y anclaje y sesgo retrospectivo, los cuales tienen significación doctrinaria pero relativa en la praxis; por último, los agru-

pados en el primer cuarto de los porcentajes (pericia examinada y contra examinada, pericia contradictoria, sesgo de confirmación, margen de error, disponibilidad y aversión a la pérdida) los autores asignan gran importancia a alguno de ellos –margen de error, pericia contradictoria, sesgo de confirmación, etc.– lo cual no se reflejó en el análisis descriptivo. De tal manera, todo ello genera la posibilidad de desarrollar múltiples ámbitos de investigaciones futuras.

Los procesos cognitivos de los decisores frente a información experta combinan sesgos y razonamientos adaptativos. Los sesgos no anulan la racionalidad, ni esta opera de modo absoluto, ambas coexisten en el juicio humano; tanto la validez de la prueba forense como el conocimiento construido sobre ella resultan dimensiones que se retroalimentan.

El contexto epistémico del experto —reglas y estándares de justificación— no puede trasladarse sin más a la transmisión de información experta entre peritos y decisores legales. A mayor especificidad de la información pericial, mayor despliegue de comprensión, donde la capacidad cognitiva resulta esencial para detectar falencias, elementos centrales para la valoración probatoria con sana crítica racional.

Las entrevistas abren interrogantes sobre los sistemas de valoración probatoria, sobre el peso real de los sesgos cognitivos implícitos en los decisores legales individualmente analizados y en las decisiones judiciales, invitando a profundizar el debate e investigaciones futuras.

Referencias bibliográficas

- Bergoglio, M. I., Gastiazoro, M. E. y Viqueira, S. (Eds.). (2019). *En el estrado. La consolidación de las estrategias participativas en la justicia penal*. Advocatus.
- Cafferata Nores, J. I., Montero, J., Vélez, V. M., Ferrer, C. F., Novillo Corvalán, M., Balcarce, F., Hairabedian, M., Frascaroli, M. S. y Arocena, G. A. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. Advocatus.
- Ferrer Beltrán, J. (2005). *Prueba y verdad en el derecho*. Marcial Pons.
- Ferrer Beltrán, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (3ª ed). Marcial Pons.
- Greenwald, A. G. y Banaji, M. R. (1995). Cognición social implícita: Actitudes, autoestima y estereotipos. *Revisión Psicológica*, 102, 4-27.
- Greenwald A. G. y Hamilton Krieger, L. (2006). Sesgo implícito: fundamentos científicos. *California Law Review*, 94(4), 945-967.
- Kahneman, D. (2012). *Pensar rápido, pensar despacio* (J. Chamorro Mielke, trad.). Debate. (Trabajo original publicado en 2011)
- Muñoz Aranguren, A. (2011). La influencia de los sesgos cognitivos en las decisiones jurisdiccionales: el factor humano. Una aproximación. *InDret*, (2).
- Quijada, P. (05 de agosto de 2016). ¿Qué pasaría si usáramos el 100% de nuestro cerebro?. *ABC Ciencia*.
https://www.abc.es/ciencia/abci-pasaria-si-usaramos-100-por-ciento-nuestro-cerebro-201608051506_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.abc.es%2Fciencia%2Fabci-pasaria-si-usaramos-100-por-ciento-nuestro-cerebro-201608051506_noticia.html

- Tversky, A. & Kahneman, D. (1974). Judgment under uncertainty: Heruristics and biases. *Science*, 185 (4157), 1124-1131. DOI: 10.1126/science.185.4157.1124
- Tversky, A., Slovic, P. y Kahneman, D. (1982). *El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos*. Cambridge University Press.
- Vázquez Rojas, C. (2020a). El diseño normativo de las pruebas periciales, a propósito del razonamiento inferencial de los expertos y que los jueces tomen decisiones racionales respecto de los expertos y la comprensión judicial. *Revista Discusiones*, (24), 29-60.
- Vázquez Rojas, C. (2020b). La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones*, 24(1), 113-140.
- Vázquez-Mezquita, B. N. y Catalán, M. J. (2008). *Casos prácticos en psicología forense*. Editorial EOS.
- Vázquez Rojas, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Marcial Pons.

Direito médico e proteção de dados pessoais: coerência normativa em diagrama de Venn

Medical law and data protection: a normative intersection in a Venn diagram

Maurício Tamer¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)51](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)51)

Fecha de envío: 22.06.2025

Fecha de aceptación: 02.10.2025

RESUMO:

O artigo analisa a intersecção normativa entre o Direito da Proteção de Dados Pessoais e o Direito Médico, a partir da constatação de que, embora ambos estejam presentes no ordenamento jurídico brasileiro, carecem de diálogo sistemático e prático. O problema científico central reside em compreender como se dá essa intersecção dogmática e funcional, especialmente no contexto da relação médico-paciente e das atividades coligadas. Com base em metodologia hipotético-dedutiva, parte-se da hipótese de que, embora distintos em origem e objetivos, ambos os regimes jurídicos compartilham fundamentos e princípios comuns quando há tratamento de dados pessoais no âmbito médico. O trabalho propõe um mapeamento teórico e exemplificativo dessa intersecção, abordando aspectos como a proteção da privacidade, autodeterminação informativa, confidencialidade, sigilo profissional e governança em privacidade. A análise evidencia a coexistência normativa e a necessidade de aplicação simultânea dos dois regimes em cenários específicos, propondo a visualização desse encontro por meio de um diagrama de Venn.

RESUMEN:

El artículo analiza la intersección normativa entre el Derecho de la Protección de Datos Personales y el Derecho Médico, partiendo de la constatación de que, si bien ambos están presentes en el ordenamiento jurídico brasileño, carecen de un diálogo sistemático y práctico. El problema científico central reside en comprender cómo se produce esta intersección dogmática y funcional, especialmente en el contexto de la relación médico-paciente y de las actividades conexas.

Con base en una metodología hipotético-deductiva, se parte de la hipótesis de que, aunque distintos en origen y objetivos, ambos regímenes jurídicos comparten fundamentos

¹ Advogado e Doutor em Direito Político Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil. E-mail: mauriciotamer@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3028-7220>

y principios comunes cuando existe tratamiento de datos personales en el ámbito médico. El trabajo propone un mapeo teórico y ejemplificativo de esta intersección, abordando aspectos como la protección de la privacidad, la autodeterminación informativa, la confidencialidad, el secreto profesional y la gobernanza en privacidad. El análisis evidencia la coexistencia normativa y la necesidad de aplicación simultánea de los dos regímenes en escenarios específicos, proponiendo la visualización de este encuentro por medio de un diagrama de Venn.

ABSTRACT

This paper examines the normative intersection between Data Protection Law and Medical Law in Brazil, noting the lack of structured scientific dialogue between these legal regimes. The central scientific problem addressed is how to identify the dogmatic and functional overlap between these fields, particularly within the physician-patient relationship and related healthcare activities. Using a hypothetical-deductive methodology, the paper argues that, although the legal regimes differ in origin and scope, they share common principles and foundations when personal data is processed in a medical context. The study presents a conceptual and practical mapping of this intersection, focusing on elements such as privacy protection, informational self-determination, confidentiality, professional secrecy, and privacy governance. The analysis supports the concurrent application of both regimes and proposes their relationship be understood through a Venn diagram.

PALAVRAS-CHAVE: Proteção de Dados Pessoais; Direito Médico; Privacidade; Relação Médico-Paciente; Confidencialidade; Governança em Privacidade.

PALABRAS CLAVE: Protección de Datos Personales; Derecho Médico; Privacidad; Relación Médico-Paciente; Confidencialidad; Gobernanza en Privacidad.

KEY WORDS: Data Protection; Medical Law; Privacy; Physician-Patient Relationship; Confidentiality; Privacy Governance.

I. Introdução

O Direito da Proteção de Dados Pessoais, não tão recente em termos históricos, mas recente em termos formais e autônomos no Brasil com a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (Lei Federal nº 13.709/2018, LGPD), regula a forma pela qual os dados pessoais devem ser tratados no espectro constitucional e legal de privacidade. Isto é, disciplina como a utilização dos dados pessoais – conceitualmente, tratamento – deve ocorrer para que os direitos fundamentais de livre desenvolvimento da personalidade, liberdade e privacidade possam ser preservados. Em equilíbrio e ponderação, com as garantias igualmente constitucionais da livre iniciativa, do desenvolvimento econômico e da promoção da inovação.

O Direito Médico, por sua vez, ainda mais longe de ser recente, pode ser compreendido, em certa perspectiva, por meio da elaboração, interpretação e aplicação de normas jurídicas pertinentes às relações decorrentes da prática da medicina e atividades correlatas e de suporte. Visa a estruturação equilibrada de regras e princípios dedicados à ponderação fluida e eficiente da proteção dos direitos dos pacientes e das responsabilidades e direitos dos profissionais e entidades de saúde, especialmente médicos. Abrange uma gama ampla de temas que decorrem deste contexto, como os direitos e deveres de pa-

cientistas e médicos, perspectivas éticas e deontologia médica, relações de consumo, bioética e a tangência com a disciplina do chamado Direito Sanitário.

Parecem restar ainda rarefeitas no País as pesquisas científicas que explorem as interrelações entre os dois grupos de normas. Além disto, abordagens propositivas que tentem posicionar adequadamente os pontos de intersecção e as diferenças entre conceitos e práticas esperadas de ambos parecem úteis.

Esta aparente lacuna científica, a nosso ver, talvez a necessidade de exploração do tema. Sobretudo, considerando a necessidade de se estabelecer um mapeamento profícuo dos conceitos que viabilize a compreensão adequada da dita unidade sistêmica, trazendo a coerência esperada, e a expectativa de que a aproximação científica dos assuntos possa contribuir de forma prática com a efetividade esperada pelos dois regimes legais: a proteção equilibrada dos dados pessoais e dos direitos e deveres de pacientes e médicos.

Em outras palavras, vislumbrar a problemática apresentada e ignorá-la, implicaria consentir inadvertidamente e aceitar passivamente que ambos os regimes podem ser muito bem formalmente estruturados, mas inefetivos pela falta de um melhor diálogo normativo e prático.

Feitas estas considerações, o problema científico que parece se apresentar e que se propõe neste trabalho é identificar como se dá a intersecção normativa e dogmática entre os Direitos da Proteção de Dados Pessoais e o Direito Médico. Com a metodologia hipotético-dedutiva, será trabalhada a hipótese de que, embora diferentes, os regimes apresentam espaço de intersecção conceitual e funcional, com exemplos específicos que explicam esta coexistência de regimes no tratamento dos dados pessoais em contexto da relação médico-paciente e das atividades coligadas a esta.

O texto está estruturado em duas grandes partes. No tópico I, uma análise do Direito da Proteção de Dados Pessoais e do Direito Médico. No tópico II, os principais pontos de intersecção entre ambos e como eles se manifestam.

II. Direito da Proteção de Dados Pessoais e Direito Médico

O Direito da Proteção de Dados Pessoais tem origem dogmática dos próprios direitos fundamentais de privacidade, liberdade e livre desenvolvimento da personalidade. O Direito à Privacidade é direito fundamental assegurado na Constituição Federal, estando posicionado especialmente no que está previsto no Artigo 5º, X, com base na ideia de “inviolabilidade à vida privada”. “Vida privada” que se inseriu no rol de direitos humanos de espectro de proteção individual, especialmente, na Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948. A inviolabilidade à vida privada, portanto, traz semanticamente a proteção da esfera privada do indivíduo como direito fundamental.

Tem objetivos claros, a exemplo do que estabelece o Artigo 1º da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD: “Esta Lei dispõe sobre o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.”).

Historicamente, a ideia de privacidade esteve ligada à identificação dos limites entre es-

paços privados e públicos, com a proteção das atividades realizadas em âmbito privativo. Tem relação com a sensação de segurança do indivíduo, tanto física quanto ao próprio desenvolvimento da personalidade. Protege-se o espaço privativo do indivíduo de ingerências indevidas, para que este possa (i) determinar qual é seu espaço privativo, e (ii) desenvolver-se enquanto ser humano, com a formação de sua personalidade. Protege-se o espaço de segurança, de desenvolvimento e de reflexão do indivíduo. Grande parte das liberdades individuais são possíveis em um ecossistema de privacidade. Essa é uma das principais razões históricas, por exemplo, da existência da ideia de domicílio enquanto instituto jurídico de proteção. Como bem disse Danilo Doneda: “É própria do nosso tempo a preocupação com a privacidade e como garanti-la. E a forma pela qual o direito a abordou durante muito tempo foi pela sua associação à busca de alguma forma de isolamento, refúgio ou segredo. A formação do conceito de privacidade, no entanto, aponta para elementos referentes a necessidades diversas, como a busca da igualdade, da liberdade de escolha, do anseio em não ser discriminado, entre outros. E, ainda, a privacidade está fortemente ligada à personalidade e ao seu desenvolvimento, para o qual é elemento essencial, em uma complexa teia de relações ainda a ser completamente vislumbrada pelo direito.” (DONEDA, 2020: RB 1-1).

Também como definiu o STF: “a privacidade consubstancia-se na prerrogativa de exigir do Estado e dos demais sujeitos particulares uma abstenção da intervenção em sua intimidade e em sua vida privada, compreendendo o caráter negativo do direito, que impõe a proteção contra ações que interfiram na intimidade e vida privada e a proibição de o Estado afetar o seu núcleo essencial; além da faculdade de renúncia e não exercício do direito por seu titular. O direito à privacidade, na dimensão de uma prestação positiva por parte do Estado, também impõe o debate sobre medidas de segurança a respeito de dados que incidam diretamente na esfera privada dos indivíduos, assumindo caráter preventivo, a fim de se evitar acessos não autorizados a essas informações.” (STF, ADI 5545).

O direito à privacidade, assim, é um direito à proteção por meio do qual a Constituição Federal determina a localização precisa dos limites que não podem ser rompidos, sob pena de violar a vida privada individual. Vida privada, nesta perspectiva, pode ser compreendida ou traduzida como círculo essencial de privacidade e proteção individual que não pode ser ilegítimamente invadido. Neste sentido, ou o indivíduo permite conscientemente e sem qualquer vício de vontade a entrada do Estado ou terceiros em tal esfera (consentimento por exemplo), ou há outros direitos igualmente constitucionais que permitem, em juízo de ponderação, o ingresso do Estado ou terceiros na esfera individual, ainda que contrário à vontade do sujeito, como, por exemplo, a possibilidade de quebra de sigilo telefônico ou telemático para fins de investigação criminal, a quebra de sigilo de registros eletrônicos estabelecida no Marco Civil da Internet ou, ainda, as ordens judiciais lícitas de busca e apreensão em domicílio.

Nesta perspectiva e dentro dos espaços metodológicos deste trabalho, parece ser possível explicar a Proteção de Dados Pessoais por meio do conteúdo do direito fundamental à privacidade. Se proteger é encontrar os limites, proteger os dados pessoais, neste contexto, parece ser identificar os limites de acesso e uso (tratamento) dos dados pessoais. Em outras palavras, proteger os dados pessoais é delimitar o que é o acesso e uso legítimo, correto e lícito dos dados pessoais. Quer dizer, os dados pessoais protegidos juridicamente são aqueles cujos limites de acesso e uso lícito foram respeitados.

A “desproteção” de dados pessoais, ao seu turno, seria a não localização destes limites ou o desrespeito destes. Onde estão os limites hoje? Especialmente na LGPD, conforme determina o Artigo 5º, LXXIX, da CF: “é assegurado, nos termos da lei, o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais.”. Estudar e aplicar a Proteção de Dados Pessoais, portanto, parece ser estudar e aplicar os limites legais de acesso e uso dos dados pessoais. Assim, o Direito da Proteção de Dados Pessoais estabelece quais são os requisitos e deveres em todas as formas de utilização de Dados Pessoais, de modo a assegurar a privacidade dos indivíduos.

Se o objeto-base emanador do Direito da Proteção de Dados Pessoais é o Dado Pessoal e os riscos à personalidade, liberdade e privacidade do uso inadequado ou abusivo deste, o Direito Médico é construído a partir de outra premissa: a relação médico-paciente.

Tem-se, assim, uma diferença fundamental: a Proteção de Dados Pessoais está normativamente presente no uso ou tratamento dos dados pessoais, no contexto de prática médica ou não; já o Direito Médico decorre da relação médico-paciente e da prática médica e dos serviços de saúde coligados, portando espectro bem mais amplo do que a regulação dos usos dos dados pessoais envolvidos nesta relação.

Mais do que apenas as discussões acerca do erro médico e das responsabilidades (SIMONELLI, 2024: 10), envolve um espectro normativo amplo concernente aos direitos dos pacientes, aos direitos dos médicos e às responsabilidades destes. Não só na relação médico-paciente em perspectiva estrita, mas a regulação de tais aspectos nas atividades coligadas ou de suporte ao exercício da medicina. Nesta perspectiva, além das atividades diretas da relação médico-paciente, são consideradas reguladas pelo Direito Médico uma série de atividades e práticas que dão conteúdo, suporte, subsídios e informam tal relação, ou que, de alguma forma estão coligadas.

Assim, de forma não exaustiva, podem ser incluídas no âmbito da regulação do Direito Médico: (i) atos praticados pelos médicos no âmbito da relação direta com os pacientes (i.e. consultas, diagnósticos, orientações, procedimentos cirúrgicos); (ii) documentação médica que consubstancia e da forma a muitos destes atos (i.e. termo de consentimento livre e esclarecido – TCLE, prontuário médico, receitas, prescrições, laudos, atestados, relatórios, fichas de admissão, atestado de óbito); (iii) atividades de exame (i.e. exames clínicos, exames laboratoriais, exames de imagem, exames funcionais); (iv) serviços de apoio terapêutico; (v) apoio farmacêutico (i.e. farmácia hospitalar e clínica; manipulação, distribuição e dispensação de medicamentos); e (vi) dispositivos médicos (incluem desde equipamentos hospitalares até próteses, implantes, cateteres, softwares, instrumentos cirúrgicos, reagentes para diagnóstico in vitro, entre outros).

Do ponto de vista formal, entender se a regulação está ou não inserida no espectro de Direito Médico, pressupõe saber se a norma diz respeito ou não às atividades acima. Assim, compõe o Direito Médico, por exemplo, as regulações da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, as regulações dos conselhos profissionais das categorias envolvidas (i.e. CFM, COREN, CRF), a legislação civil e penal de responsabilização dos profissionais e entidades envolvidas, e leis específicas que regulam determinados aspectos, a exemplo da LGPD no que tange o uso de dados pessoais.

III. A intersecção entre os regimes do Direito da Proteção de Dados Pessoais e do Direito Médico

Do ponto de vista lógico, nos parece correto afirmar que só há pontos de intersecção, se há pontos de diferenças ou não intersecção. Uma análise comparativa entre os dois tópicos anteriores parece permitir a aferição das diferenças essenciais dos dois regimes, sobretudo em relação às suas origens e objetivos. A problemática científica deste trabalho, todavia, está em tentar identificar os pontos de intersecção dogmática e de aspectos práticos entre os dois regimes. Onde e como se dá a sobreposição ou dupla incidência dos dois regimes jurídicos.

Como visto, a Proteção de Dados Pessoais está normativamente presente no uso ou tratamento dos dados pessoais, no contexto médico ou não; já o Direito Médico decorre da relação médico-paciente e de todas as atividades coligadas a esta, portando espectro bem mais amplo do que a regulação dos usos dos dados pessoais envolvidos nesta relação.

Logo, este trabalho propõe que os pontos de intersecção sejam visualizados ou compreendidos em analogia com uma imagem de um verdadeiro Diagrama de Venn. Dois círculos, outrora separados (cada um representando um dos regimes jurídicos mencionados), passam a ter um espaço de intersecção comum em que estão os elementos comuns dos dois regimes, com as respectivas questões que se apresentam.

A determinação dos limites desta intersecção parece partir, justamente, da compreensão da diferença acima. A intersecção estaria, nesse sentido, em todas as situações em que há o uso ou tratamento de dados pessoais no espectro da relação médico-paciente e nas muitas atividades coligadas a esta. Nestas situações de intersecção, os dois regimes estão sobrepostos e se aplicam simultaneamente para a relação estabelecida.

Entendidos estes limites, procuraremos trabalhar a seguir, de forma exemplificativa, possíveis manifestações desta intersecção, seja para melhor compreender a resposta proposta ao problema científico posto, seja para também exemplificá-la.

Um dos pontos mais notórios de intersecção entre os dois regimes parece ser justamente o aspecto objetivo de fato presente em ambas as situações: o tratamento de dados pessoais gerais e dados pessoais sensíveis de saúde.

Dado e informação são, a nosso ver, conceitos diferentes e o conceito de dado pessoal, base para toda incidência normativa aqui estudada deriva diretamente desta diferença (DONEDA, 2020: RB 1-1). A informação é o resultado racional extraído do dado, conforme contexto em que o dado e seu uso estão. Os dados, por sua vez, são a matéria-prima base que permite tal extração. O dado será considerado um dado pessoal assim se, no contexto de seu uso, for possível a extração de uma informação pessoal, ou seja, a extração de algo que identifique o indivíduo de forma direta ou imediata ou de forma indireta ou mediata. O que vai revelar se o dado é ou não pessoal é o agregar da possibilidade de extração concreta e contextual de uma informação pessoal.

Dados pessoais sensíveis de saúde, por sua vez, é o dado do qual é extraída uma informação que diz respeito a qualquer elemento sobre saúde física ou mental do indivíduo

(v.g., histórico, sintomas, exames, doenças, estados de saúde, medicamentos, comportamentos), incluindo as informações relacionadas a planos e à prestação, lato sensu, de serviços médicos e de serviços de assistência à saúde de qualquer natureza.

Neste sentido, de forma a preencher e complementar a norma do Artigo 5º, II, LGPD, pode ser citada a definição da Portaria GM/MS nº 3.232/2024 do Ministério da Saúde instituindo o Programa SUS Digital em relação à “dado pessoal sensível de saúde” como sendo o “dado relativo à saúde de um titular de dados ou à atenção à saúde a ele prestada que revele informações sobre sua saúde física ou mental no presente, passado ou futuro.”.

Assim, as atividades envolvidas na relação médico-paciente e atividades coligadas implicam o tratamento de dados pessoais e são classificadas, em regra, como dados pessoais sensíveis de saúde. Sem eles, não é possível a condução das atividades necessárias, tendo em vista que o processo de identificação do paciente e inferências de suas informações são indispensáveis. Não à toa, a própria LGPD recepciona essa lógica e estabelece que dados pessoais podem ser utilizados ou tratados para a tutela da saúde do titular (Arts. 7º, VIII, e 11, II, f).

Os fundamentos da Proteção de Dados Pessoais e do Direito Médico parecem coexistir com perfis próprios. Trata-se de bom exemplo e lembrete da diferença necessária entre o texto normativo prescritivo e a norma que dele se extrai. Em linhas bem gerais, a norma pode ser compreendida a partir do contexto de aplicação e entendimento do texto prescritivo. Parece ser o que ocorre aqui e nos demais pontos de intersecção. Os fundamentos de ambos os regimes são compreendidos de forma específica no contexto da utilização dos dados pessoais no relação médico-paciente e atividades coligadas.

Para a Proteção de Dados Pessoais, estão os fundamentos listados no Art. 2º, LGPD, destacando-se a autodeterminação informativa, a privacidade, a liberdade, o desenvolvimento econômico e tecnológico e a inovação, e os direitos humanos. Em termos principiológicos, a lista normativa está prevista no Art. 6º da mesma lei, destacando-se os princípios da finalidade, a necessidade, a transparência, a segurança e a não discriminação abusiva ou ilícita. Ou, então, os princípios perceptíveis em perspectiva implícita, como a abordagem por risco e o melhor interesse do titular (TAMER, 2025: 173-178).

Para o Direito Médico, a partir da influência normativa das linhas éticas profissionais, especialmente do previsto no CEM (Capítulo I), podem ser destacadas: a atuação com máximo zelo (Inc. II), respeito absoluto ao ser humano (Inc. VI), guarda de sigilo a respeito das informações de que conhecimento do desempenho de suas funções (Inc. XI), a ausência de discriminação (Inc. XXV) e utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem aos melhores resultados (Inc. XXVI).

Partindo destas premissas e tendo a utilização dos dados pessoais de pacientes ou titulares de dados pessoais como fio condutor da aplicação simultânea de ambos os regimes, parece haver clara intersecção na aplicação igualmente simultânea dos dois regimes. Ou seja, os fundamentos e princípios de ambos os regimes se aplicam em coexistência.

Por exemplo, a autodeterminação informativa na Proteção de Dados Pessoais pressupõe a ideia de que deve ser preservado à pessoa natural, ao máximo possível, o direito ou

poder de controle sobre os dados pessoais (sobre as informações que a identificam), pois isto a confere o controle do seu espaço essencial e mínimo garantido de privacidade e desenvolvimento da personalidade. Com base na etimologia da expressão, a ideia de que a pessoa determine, por si mesmo, o uso das informações a seu respeito e as respectivas circunstâncias. Tem raízes históricas em decisão da Corte Constitucional alemã sobre a Lei do Censo alemã (*Volkszählungsgesetz*) de 1983. Seu texto, de forma ampla e por vezes genérica, determinava que as pessoas alemãs fornecessem uma série de dados pessoais a viabilizar um mapeamento espacial e geográfico da população daquele país. Entre as disposições mais genéricas, previa a possibilidade do cruzamento das informações com outras bases públicas para a finalidade claramente imprecisa de “execução de atividades administrativas”.

Esta condição, porém, não determina que autodeterminação seja absoluta, demandando – como a dinâmica de interpretação constitucional e a própria lista equilibrada de fundamentos do Artigo 2º da LGPD – uma ponderação concreta e contextual sobre o tratamento de dados pessoais, sobretudo a partir da baliza de risco. A própria LGPD traz normas de balizamento desse exercício de proporcionalidade. Isso se dá, por exemplo, por outros de seus fundamentos (v.g., desenvolvimento econômico e tecnológico, inovação e livre-iniciativa).

O princípio da finalidade (Art. 6º, I, LGPD) também parece ter essa função, identificando que o tratamento de dados pode ser feito em razão de finalidades legítimas, ou seja, que perfaçam fins legítimos protegidos pelo ordenamento e que, em termos concretos, serviriam como baliza de ponderação sobre o alcance do controle dos dados pelo titular. Grande parte desses fins legítimos é trazida pela própria LGPD por meio das chamadas legais de tratamento, uma espécie de ponderação *opus legis*. E aqui reside um bom exemplo no contexto de coincidência dos dois regimes: a base legal ou legitimidade de tratamento de dados pessoais para a tutela da saúde (Arts. 7º, VIII, e 11, II, f, LGPD).

Com efeito, a proteção da saúde do ser humano paciente por meio da sua relação com o médico e atividades coligadas justifica a relativização do fundamento da autodeterminação informativa. Este, porém, resta conservado. Por exemplo, vemos a preservação clara da autodeterminação informativa ao ser necessário a coleta do consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado (a exemplo do Termo de Consentimento Livre e Esclarecido – TCLE), salvo e caso de risco iminente de morte, e ser imprescindível garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo (Arts. 22 e 24 do CEM). Vê-se, assim, que a autodeterminação informativa quanto aos dados pessoais pelo paciente se dá principalmente na utilização dos dados pessoais nestas etapas de tratamento.

De ainda mais destaque, está a privacidade do paciente-titular de dados pessoais. Clara na Proteção de Dados Pessoais, pois fundamento basilar, ela se explica de forma notória na relação médico-paciente. Por exemplo, destaca-se toda a disciplina do sigilo profissional aplicável nesta relação mas também nas atividades sanitárias coligadas e de suporte (Arts. 73 a 77, CEM). A razão de ser é fundamental nos dois regimes: proteger a privacidade do indivíduo como condição de seu livre desenvolvimento.

Vejamos também como exemplo as RDCs da ANVISA que tratam da sigilosidade nos ser-

viços de saúde: (i) a RDC nº 302/2005 (regula os laboratórios clínicos) prevê a exigência de confidencialidade e controle de acessos dos exames em seu anexo técnico; (ii) a RDC nº 63/2011 (regula as boas práticas para serviços de saúde) estabelece em seu Art. 9º, §1º, que “Os serviços devem garantir a privacidade e o sigilo das informações do paciente.” Além disso, exige que os prontuários sejam mantidos em locais seguros, com acesso restrito ao pessoal autorizado; e (iii) a RDC nº 275/2019 (regula as boas práticas em radiologia) traz a lógica de confidencialidade de imagens e laudos, tanto em meio físico quanto digital. Inclui também a menção aos sistemas PACS para armazenamento e acesso restrito.

Considerando que os conteúdos daquilo que está no espectro de sigilosidade da relação médico-paciente pressupõe a existência dados pessoais sensíveis de saúde (Art. 5º, II, LGPD), naturalmente em ambos os regimes coexiste o ideal de utilização correta e adequada de tais dados, sob pena da exposição indevida de seu conteúdo, inferências inadequadas e prejudiciais, e prejuízo ao livre desenvolvimento dos pacientes-titulares de dados.

A proposta de equilíbrio entre proteção e desenvolvimento com inovação também parece exemplificar a coexistência dos regimes. Se a Proteção de Dados Pessoais assim o faz na própria LGPD ao prever a convivência entre privacidade e inovação, o Direito Médico também parece englobar tal premissa. Linha lógica que apenas reflete a construção histórica da matéria, a exemplo dos textos da Convenção de Estrasburgo de 1981, da Diretiva Europeia 95/46 e da *General Data Protection Regulation* de 2016. Isto se dá, sobretudo, pela previsão de que “A medicina será exercida com a utilização dos meios técnicos e científicos disponíveis que visem os melhores resultados” (Capítulo I, Inc. XXVI, CEM), o que passa necessariamente pela observância ou consideração ao menos de ferramentas e métodos inovadores e que podem apresentar melhores resultados.

O equilíbrio, de forma muito semelhante do que a LGPD propõe, está em permitir a inovação até o ponto em que o método empregado vulnera direitos fundamentais reconhecidos. Ponderados tais direitos – o que está intrínseco, a nosso ver, na expressão “melhores resultados” – a inovação tem de ser bem-vinda e utilizada.

No mesmo contexto, está, por exemplo, a regulação que trata da aplicação da telemedicina como forma de serviço médico (Resolução CFM nº 2.314/2022). Já em seus considerandos, o equilíbrio é proposto dois considerando específicos sobre os temas. Também está presente na leitura conjunta dos Arts. 2º e 3º que permitem a Telemedicina, desde que observados os padrões legais de proteção de dados: “Art. 2º A telemedicina, em tempo real on-line (síncrona) ou off-line (assíncrona), por multimeios em tecnologia, é permitida dentro do território nacional, nos termos desta Resolução. Art. 3º Nos serviços prestados por telemedicina, os dados e imagens dos pacientes, constantes no registro do prontuário, devem ser preservados, obedecendo às normas legais e do CFM pertinentes à: guarda, manuseio, integridade, veracidade, confidencialidade, privacidade, irrefutabilidade, e garantia do sigilo profissional das informações.”.

Em termos dos princípios trazidos pela Proteção de Dados Pessoais, o diálogo normativo também está presente. Vejamos, por exemplo, o princípio da finalidade (Art. 6º, I, LGPD) segundo o qual qualquer tratamento de dados pessoais, mesmo no contexto médico, deve se dar para propósitos legítimos, específicos, explícitos e informados ao titular. No

contexto da relação médico-paciente, a finalidade é, justamente, “a saúde do ser humano, em benefício da qual deverá agir com o máximo de zelo e o melhor de sua capacidade profissional.” (Capítulo I, Inc. II, CEM). Não podendo ser desviada, conforme exemplos do mesmo Código de vedação à aplicação dos conhecimentos médicos para causar “sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativas contra sua dignidade e integridade.” ou da vedação do exercício da medicina como comércio (Capítulo I, Incs. VI e IX). Logo, a compreensão da finalidade para o uso dos dados pessoais no Direito Médico está atrelada à presença de vetor de objetivo voltado para o bem-estar e a saúde do indivíduo.

A lógica de respeito à utilização dos dados pessoais estritamente necessários para a finalidade (Art. 6º, III, LGPD) também encontra a interpretação no contexto do Direito Médico. Segundo o CEM, é vedado ao médico “Praticar ou indicar atos médicos desnecessários ou proibidos pela legislação vigente no País.” (Art. 14). Logo, os atos médicos que se valham de coletar dados pessoais e não sejam necessários para persecução do bem-estar do paciente-titular de dados pessoais estão vedados. Este seria, assim, um dos principais conteúdos do princípio da necessidade ou da lógica de data minimization no contexto da relação médico-paciente e atividades coligadas.

Os princípios do livre acesso e transparência também são exemplos. Na utilização dos dados pessoais, estabelece a promoção pela busca constante de um estado ideal das coisas em que seja garantido ao titular o acesso às informações sobre como o tratamento é feito (os dados pessoais, as finalidades, todas as operações envolvidas e circunstâncias) e por quanto tempo o tratamento é realizado. Isto traz reflexos na documentação de transparência em privacidade (Aviso de Privacidade por exemplo), na extensão do que precisa ser informado ao titular, na existência de um canal específico de atendimento, em direitos previstos (notadamente o previsto no Art. 18, II, LGPD) e até mesmo na designação de profissional específico que deve atender aos titulares de dados pessoais (Encarregado).

No Direito Médico este entendimento sobre como e por quais razões há a utilização dos dados pessoais no contexto da relação médico-paciente e nas atividades coligadas se revela com conteúdo próprio. Além dos requisitos específicos de transparência pelo uso dos dados pessoais em si, há deveres estabelecidos a serem seguidos.

É vedado ao médico: “Deixar de esclarecer o paciente sobre as determinantes sociais, ambientais ou profissionais de sua doença.” (Art. 13, CEM); “Deixar de obter consentimento do paciente ou de seu representante legal após esclarecê-lo sobre o procedimento a ser realizado, salvo em caso de risco iminente de morte.” (Art. 22, CEM); “Deixar de garantir ao paciente o exercício do direito de decidir livremente sobre sua pessoa ou seu bem-estar, bem como exercer sua autoridade para limitá-lo.” (sendo que decisão livre apenas existe com todas as informações pertinentes – Art. 24 CEM); “Desrespeitar o direito do paciente ou de seu representante legal de decidir livremente sobre a execução de práticas diagnósticas ou terapêuticas, salvo em caso de iminente risco de morte.” (Art. 31, CEM); e “Deixar de informar ao paciente o diagnóstico, o prognóstico, os riscos e os objetivos do tratamento, salvo quando a comunicação direta possa lhe provocar dano, devendo, nesse caso, fazer a comunicação a seu representante legal.” (Art. 34, CEM).

Assim, no contexto de intersecção de uso dos dados pessoais na relação médico-pacien-

te e atividades correlatas, tem o paciente-titular de dados pessoais o direito de receber todas as informações estabelecidas no Art. 9º da LGPD em relação ao uso dos dados, bem como receber as informações listadas acima naquilo que for pertinente e envolver os dados. Pensemos, por exemplo, no caso em que determinado tratamento dependa do compartilhamento dos dados pessoais com terceiro ou para programa de acompanhamento de saúde do paciente. Tem este o direito à transparência no formato dito.

Por fim, ainda no espectro dos princípios, tem-se exemplo claro da não discriminação abusiva e ilícita (Art. 6º, IX, LGPD) que impede a utilização dos dados pessoais com consequência de tal perfil. No mesmo sentido é o Direito Médico, de modo que na relação médico-paciente e atividades coligadas é vedada a discriminação de qualquer natureza (Capítulo I, I, CEM), sendo vedada a discriminação do ser humano de qualquer forma ou sob qualquer pretexto (Art. 23, CEM).

Esse parece ser, inclusive, o típico exemplo que demonstra bem a forma da intersecção proposta neste trabalho. É possível conduzir a discriminação abusiva de pacientes sem a utilização de dados pessoais ou tratando estes. Imagine-se, a detestável e ilícita situação em que um médico, ao observar que o paciente é transgênero e sinaliza um diagnóstico infectuoso com base nesta condição durante consulta (primeiro caso). Imagine-se, a situação igualmente detestável em que algoritmo utilizado por unidade laboratorial aumenta o percentual de risco de doenças infecciosas de pacientes transgêneros, a partir do tratamento de dados pessoais destes (segundo caso). Na primeira situação, apenas incide o Direito Médico (discriminação fora do tratamento de dados pessoais. Na segunda situação, incidem os dois regimes aqui estudados (discriminação via utilização dos dados pessoais).

A confidencialidade e o sigilo nos parecem representar um capítulo à parte na identificação da intersecção e coincidência dos dois regimes. Isto, sobretudo, considerando que a própria lógica de proteção da privacidade do paciente tem origens históricas bem anteriores à própria preocupação de se proteger o uso dos dados pessoais em si mesmos. Há aspectos comuns e aspectos distintos para se entender o que são a confidencialidade e o sigilo no âmbito do tratamento de dados pessoais envolvidos na relação médico-paciente e nas atividades coligadas a esta.

Começemos pela distinção. Em relação ao sigilo, este parecer ter seu fundamento em algo muito maior do que a própria privacidade, a razão de ser de confiança desta privacidade. O sigilo profissional para o médico e extensível às demais atividades coligadas à relação estabelecida parece ter base no reconhecimento de que há um vínculo especial gerado na relação entre o médico e o paciente. Vínculo este forte o suficiente para inserir, de certa forma, o médico dentro do próprio espectro de privacidade e intimidade do paciente. Naturalmente, sob pena de violação, tal sigilo deve ser estendido às demais atividades que dão suporte à prática médica.

Em relação aos dados pessoais, todavia, aplica-se a lógica de confidencialidade, estando o sigilo, se pertinente, dentro do espectro de confidencialidade. Esta permite o acesso e uso dos dados pessoais sempre e por quem isto for necessário para desempenho das atividades consubstanciadas em finalidades legítimas. Não se trata da geração de um vínculo, propriamente, mas assegurar que os dados pessoais sejam tratados apenas e tão somente para as razões necessárias e justificáveis. A não confidencialidade ou a per-

da desta, assim, significa a desproteção de dados pessoais, pois estes seriam acessados, utilizados ou tratados de forma não protegida e sem suporte das finalidades legítimas estabelecidas.

E aqui está, nos parece, a principal convergência entre os dois regimes neste aspecto. Toda vez que houver o uso dos dados pessoais em atividades inseridas no espectro do Direito Médico, a confidencialidade da Proteção de Dados Pessoais se impõe, ainda que não se trate do sigilo profissional propriamente. Nesse sentido, as já citadas RDCs da ANVISA bem exemplificam o tema.

O Direito da Proteção de Dados Pessoais, conforme previsto no Art. 14 da LGPD, impõe que qualquer tratamento de dados desse público seja realizado em observância ao seu "melhor interesse". Tal princípio funciona como um vetor interpretativo e normativo que deve orientar todas as decisões dos agentes de tratamento, especialmente do controlador. Para delimitar esse conceito, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD) remete, em Estudo Preliminar, ao Comentário Geral nº 14/2013 do Comitê dos Direitos da Criança da ONU, que reconhece o "melhor interesse" como uma noção tridimensional: (i) um direito substantivo, (ii) um princípio jurídico interpretativo e (iii) uma regra processual. Assim, qualquer decisão que afete crianças deve considerar esse parâmetro como prioritário, justificando de forma transparente os critérios usados e a ponderação feita entre esse interesse e outros fatores envolvidos.

O mesmo estudo da ANPD também faz referência ao Comentário Geral nº 25/2021 do Comitê, que atualiza a abordagem do "melhor interesse" no contexto digital. Dado que a internet e as tecnologias digitais não foram originalmente pensadas para crianças, mas hoje impactam profundamente suas vidas, os Estados e agentes privados devem garantir que o melhor interesse da criança seja sempre considerado de forma central nas decisões sobre design, gestão e regulação de ambientes digitais. Na prática, isso exige a priorização dos direitos do titular menor, desde a concepção do tratamento até sua execução, influenciando escolhas sobre a coleta de dados, finalidades, prazos e medidas de segurança adotadas.

Logo, uma vez que o paciente é criança (menor de 12 anos completos) ou adolescente (entre 12 anos completos e menor de 18 anos completos), aplica-se a necessidade de priorização dos seus interesses, não só pela condição de paciente, mas pela sua vulnerabilidade presumida. Inclusive, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê essa lógica de ampla proteção.

Além dos deveres regulatórios e éticos específicos, a exemplo das RDCs citadas, a intersecção entre os regimes jurídicos de Direito da Proteção de Dados Pessoais e do Direito Médico, impõe à relação médico-paciente e à prática médica e aos serviços de saúde coligados, um dever geral de se adotar a governança em privacidade e proteção de dados pessoais. Incorpora, a exemplo do Art. 50 da LGPD, as chamadas boas práticas em privacidade e proteção de dados pessoais. São práticas que colocam e demonstram o vetor em direção da conformidade plena à legislação e aos direitos dos titulares de dados pessoais ou pacientes que são os tutelados primários do Direito. Enquanto uma má-prática é aquela que coloca e demonstra a atuação da organização em vetor contrário ao esperado.

Neste sentido, nas atividades envolvidas pelo Direito Médico, além das práticas específicas da regulação própria, tal dever geral de governança impõe a todos que tem acesso e tratam dados pessoais uma série de práticas.

Assim, de acordo com o perfil de cada atividade, são esperados, por exemplo: (i) a demonstração do rigor do compromisso institucional sobre o tema; (ii) a incorporação das rotinas de *privacy by design*, (iii) o mapeamento e conhecimento de todas as atividades que se valhem de dados pessoais (Art. 37, LGPD); (iv) a adoção dos mecanismos adequados de transparência (i.e. avisos de privacidade); (v) a realização das avaliações de risco adequadas (i.e. avaliações que considerem as classificações de risco para dispositivos médicos, conforme RDC da ANVISA nº 751/2022, ou então a condução de Relatórios de Impacto à Proteção de Dados para tratamentos de dados pessoais de alto risco); (vi) a adoção de *Privacy-Enhance Technologies* (constituem soluções tecnológicas que permitem a coleta e o tratamento de dados pessoais com proteção da confidencialidade e privacidade. Conforme definição, PETs são tecnologias que incorporam os princípios fundamentais de proteção de dados pessoais minimizando a coleta de dados, potencializando a segurança dos dados e emponderando os titulares de dados pessoais); (vii) o atendimento adequado dos pacientes também na perspectiva adequada destes como titulares de dados pessoais; (viii) a adequada gestão de terceiros; e (ix) a adoção de todas as práticas de segurança da informação.

IV. Conclusão

Em conclusão ao presente trabalho, nos parece ser possível afirmar que há um campo consistente de intersecção normativa entre os regimes dos Direitos da Proteção de Dados Pessoais e do Direito Médico, o que nos permite compreender, de forma mais integrada, as normas aplicáveis neste contexto. Essa intersecção não representa mera justaposição de áreas distintas, mas antes um espaço comum de aplicação normativa, no qual se materializam desafios, tensões e também complementaridades.

A imagem de um Diagrama de Venn mostra-se adequada para ilustrar tal cenário. Dois círculos, outrora concebidos como separados — cada um representando os respectivos regimes jurídicos —, passam a ter um espaço de intersecção no qual convergem princípios, regras e preocupações práticas. Nesse espaço, a complexidade se amplia: a prática médica, por sua natureza eminentemente baseada na confiança, encontra-se diante de exigências adicionais impostas pela tutela contemporânea da autodeterminação informativa e pela disciplina legal do tratamento de dados pessoais.

O limite fático dessa intersecção pode ser claramente identificado no tratamento de dados pessoais realizado no âmbito da relação médico-paciente e em todas as atividades conexas, tais como registros eletrônicos de saúde, pesquisas clínicas, telemedicina e compartilhamento de informações com operadoras de planos de saúde ou órgãos reguladores. Sempre que tais dados — em especial os classificados como sensíveis — são objeto de coleta, armazenamento, utilização ou transmissão, ambos os regimes incidem simultaneamente, exigindo análise criteriosa da proporcionalidade, necessidade, finalidade e segurança.

Em termos de conteúdo, a coincidência normativa entre as duas áreas se explica por múltiplos fatores. Primeiramente, pela incidência de fundamentos e princípios jurídicos comuns, que embora partam de marcos normativos distintos, revelam forte convergên-

cia prática: a autonomia do paciente, a proteção da dignidade da pessoa humana e a garantia da autodeterminação informativa. Em segundo lugar, pela centralidade do sigilo profissional e da confidencialidade, que funcionam como pilares tanto da ética médica quanto da governança em privacidade. Acresce-se a isso a dimensão protetiva que envolve grupos vulneráveis, como crianças e adolescentes, em que o princípio do melhor interesse se torna vetor determinante na gestão dos dados de saúde. Por fim, destaca-se a importância da estruturação de mecanismos formais de governança em privacidade, que não apenas reforçam a segurança jurídica, mas também garantem a prestação de contas (accountability) perante autoridades regulatórias, pacientes e demais stakeholders.

Assim, conclui-se que a intersecção entre o Direito Médico e o Direito da Proteção de Dados não deve ser vista como um campo de conflito normativo, mas como uma zona de complementaridade e reforço recíproco. Nesse espaço, princípios éticos tradicionais da prática médica ganham nova densidade normativa, ao passo que a disciplina da proteção de dados encontra aplicação concreta em um dos cenários mais sensíveis e desafiadores de toda a sociedade contemporânea: a tutela da saúde. O estudo desta intersecção revela-se, portanto, indispensável não apenas para a adequada interpretação dos regimes jurídicos envolvidos, mas também para a construção de práticas institucionais e profissionais que conciliem técnica, ética e direito em benefício do paciente e da coletividade.

Referências

- ANPD. *Estudo Preliminar sobre as hipóteses legais aplicáveis ao tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes*. Brasília, 2021. Disponível em: <https://www.gov.br/anpd/pt-br/assuntos/noticias/anpd-divulga-estudo-preliminar-sobre-tratamento-de-dados-de-criancas-e-adolescentes>. Acesso em: 21.06.2025.
- ANVISA. *Resolução RDC nº 63, de 25 de novembro de 2011*. Estabelece requisitos de boas práticas para funcionamento de serviços de saúde. Diário Oficial da União: seção 1,, 25 nov. 2011.
- *Resolução RDC nº 275, de 9 de abril de 2019*. Requisitos de boas práticas para serviços de radiologia. DOU, 9 abr. 2019.
- *Resolução RDC nº 302, de 13 de outubro de 2005*. Regulamento técnico para funcionamento de laboratórios clínicos. DOU, 13 out. 2005.
- *Resolução RDC nº 751, de 15 de setembro de 2022*. Dispõe sobre a classificação de risco, os regimes de notificação, cadastro e registro de dispositivos médicos, e dá outras providências. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, 19 set. 2022.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, trad. de Ari Marcelo Solon, São Paulo : Edipro, 2011.
- BRASIL. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 21.06.2025.
- Lei Federal nº 13.709/2018.
Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm
Acesso em 21.06.2025.
- COMITÊ DOS DIREITOS DA CRIANÇA (ONU). *Comentário Geral nº 14 (2013): Sobre o di-*

reito da criança que o seu interesse superior seja uma consideração primária. Genebra, 2013. Disponível em:

https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2021/10/CRC-C-GC-14_Portugues.pdf. Acesso em 21.06.2025.

- *Comentário Geral nº 25 (2021)*: sobre os direitos das crianças em relação ao ambiente digital. Genebra, 2021. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/en/documents/general-comments-and-recommendations/cr-cgc25-general-comment-no-25-2021-childrens-rights>. Acesso em 21.06.2025.

• CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *Resolução nº 2.314/2022*. Disponível em:

<https://sistemas.cfm.org.br/normas/visualizar/resolucoes/BR/2022/2314>

Acesso em 15.06.2025.

• DÖHMANN, Indra Spieker gen [et. al]. *General Data Protection Regulation: Article-by-Article Commentary*, Nomos verlagsgesellschaft mbH & Co. KG : Baden-Baden, 2023.

• DONEDA, Danilo. *Da Privacidade à Proteção de Dados Pessoais*, 2. Ed. rev. e atual., São Paulo : Thomson Reuters. 2020, Versão Eletrônica.

• ICO. *Privacy-enhancing Technologies (PETs)*. Disponível em:

<https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/4021464/chapter-5-anonymisation-pets.pdf>

Acesso 21.06.2025.

• LIMA, Brunela Machado; SIMONELLI, Oswaldo Pires Garcia. O Direito Médico além da ótica da responsabilidade civil – uma abordagem do pilar bioético In *Revista Humanidades & Inovação*, 2022.

• MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Portaria GM/MS nº 3.232/2024*. Disponível em:

https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2024/prt3232_04_03_2024.html

Acesso em: 15.06.2025.

• SIMONELLI, Oswaldo. *Direito médico*, 2. Ed., rev., atual. e ref., Rio de Janeiro : Forense, 2024.

• TAMER, Maurício. *Manual de Direito da Proteção de Dados Pessoais*, São Paulo : Saraiva Jur, 2025.

A judicialização de medicamentos e a medicalização da vida: uma análise sob o aspecto transdisciplinar da bioética

The judicialization of medicines and the medicalization of life: an analysis from the transdisciplinary perspective of bioethics.

Renata Favoni Biudes¹; Janaína Machado Sturza²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)52](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)52)

Fecha de envío: 22.09.2025

Fecha de aceptación: 28.10.2025

RESUMO:

O objetivo dessa pesquisa é apontar como a judicialização da saúde pode se comportar frente à transdisciplinaridade da bioética, especialmente no que se refere à judicialização de medicamentos, considerada um nó crítico que hoje se apresenta no país, já que grande parte das demandas está relacionada ao acesso aos medicamentos. A problemática enfrentada diz respeito à seguinte indagação: Pode a bioética, em seus aspectos transdisciplinares, multidisciplinares e interdisciplinares, auxiliar nas questões que envolvem a judicialização da saúde e, conseqüentemente, tornar esse acesso mais equitativo? A metodologia envolve um estudo bibliográfico, exploratório, descritivo e documental de natureza dedutiva. Considerações finais: Pode-se observar, através desse estudo, que a transdisciplinaridade da bioética tem muito a contribuir com o direito em relação às questões que envolvem a saúde do usuário no Sistema Único de Saúde, de maneira a tornar o acesso mais equitativo, focando no estado de saúde do paciente.

1 Doutoranda do Programa de Pós-Graduação Stricto-Sensu em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI) Bolsista CAPES/PDPG Políticas Afirmativas e Diversidade Edital 17/2023 - Projeto "Pessoas com transtornos globais de desenvolvimento (TGD) no Ensino de Pós-Graduação Stricto Sensu no Brasil: Políticas Públicas para a inclusão educacional e profissional". E-mail: renata.biudes@sou.unijui.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0009-0008-0622-1695>

2 Doutora em Direito pela Universidade de Roma Tre - Itália, com estágio pós-doutoral em Direito na Universidade Tor Vergata - Itália (2024) e na UNISINOS (2016). Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela UNISC. Professora e Pesquisadora na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, lecionando na Graduação em Direito e no Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado. Integrante da Rede Iberoamericana de Direito Sanitário. Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Gaúcha FA-PERGS - Edital Nº 09/2023 (2024 - 2027). E-Mail: janaina.sturza@unijui.edu.br. Orcid: <https://orcid.org/0000-0001-9290-1380>.

RESUMEN:

El objetivo de esta investigación es identificar cómo la judicialización de la atención médica puede interactuar con el enfoque transdisciplinario de la bioética, especialmente con respecto a la judicialización de los medicamentos, considerada un tema crítico en Brasil hoy en día, ya que una gran parte de las demandas están relacionadas con el acceso a los medicamentos. El problema abordado se refiere a la siguiente pregunta: ¿Puede la bioética, en sus vertientes transdisciplinarias, multidisciplinarias e interdisciplinarias, ayudar en cuestiones que involucran la judicialización de la atención médica y, en consecuencia, hacer que este acceso sea más equitativo? La metodología implica un estudio bibliográfico, exploratorio, descriptivo y documental de naturaleza deductiva. Consideraciones finales: Este estudio demuestra que el enfoque transdisciplinario de la bioética tiene un potencial significativo para contribuir a la legislación en materia de salud del usuario dentro del Sistema Único de Salud (SUS), haciendo así que el acceso sea más equitativo, centrándose en el estado de salud del paciente.

ABSTRACT

The objective of this research is to identify how the judicialization of healthcare can interact with the transdisciplinary approach of bioethics, especially with regard to the judicialization of medications, considered a critical issue in Brazil today, as a large portion of the demands are related to access to medications. The problem addressed concerns the following question: Can bioethics, in its transdisciplinary, multidisciplinary, and interdisciplinary aspects, assist in issues involving the judicialization of healthcare and, consequently, make this access more equitable? The methodology involves a bibliographic, exploratory, descriptive, and documentary study of a deductive nature. Final considerations: This study demonstrates that the transdisciplinary approach of bioethics has significant potential to contribute to the law regarding issues involving user health within the Unified Health System (SUS), thereby making access more equitable, focusing on the patient's health status.

PALAVRAS-CHAVE: Judicialização; Saúde; Bioética; Transdisciplinaridade; Medicalização

PALABRAS CLAVE: Judicialización; Salud; Bioética; Transdisciplinariedad; Medicalización

KEY WORDS: Judicialization; Health; Bioethics; Transdisciplinary; Medicalization.

I. Introdução

O direito à saúde, protegido pela Constituição (Brasil, 1998), deve ser considerado uma prioridade pelo governo, em resposta às exigências de políticas públicas que garantam a dignidade das pessoas. Assim, quando os direitos dos cidadãos não são devidamente respeitados, recorre-se ao sistema judiciário, surgindo, dessa maneira, o fenômeno da judicialização.

A judicialização da saúde se refere à necessidade de solicitar o sistema judiciário por parte de cidadãos, tanto de forma individual quanto coletiva, visando que a justiça resolva conflitos entre aqueles que reivindicam algo com o governo, com a iniciativa privada ou com indivíduos, em questões relacionadas à saúde (Ipea, 2020, p. 25).

No ano de 2023, o valor médio investido em medicamentos por meio de ações judiciais

representou (32,9%) do total desembolsado em medicamentos pelos estados brasileiros que compartilham esses dados. Nos entes municipais, essa porcentagem alcançou (8,4%) nas despesas com assistência farmacêutica. Esses números foram revelados pela Pesquisa Assistência Farmacêutica no Sistema Único de Saúde (SUS), por meio do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), bem como do Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde (Conasems) e do Conselho Nacional de Secretários de Saúde (Conass) (Brasil, 2025).

Considerando que a Assistência Farmacêutica (AF) é um componente das políticas de saúde pública, apoiada por diversas legislações, e que na sociedade moderna a saúde é analisada como um recurso coletivo, sendo um direito social essencial para garantir a vida e, por consequência, a dignidade da pessoa humana, é fundamental que essa política seja implementada pelo governo de maneira eficaz, assegurando, desta forma, a qualidade de vida e a dignidade das pessoas que dela necessitam.

O objetivo desta pesquisa é apontar como a judicialização da saúde pode se comportar frente à transdisciplinaridade da bioética, especialmente no que se refere à judicialização de medicamentos, considerada um nó crítico que hoje se apresenta no país, lembrando que grande parte da demanda está relacionada ao acesso aos medicamentos; assim, a presente pesquisa tem a intenção de utilizar o fundamento da bioética, principalmente no que diz respeito à sua transdisciplinaridade de forma a propor soluções para essa problemática, que atualmente gera preocupações tanto no judiciário quanto entre os gestores, especialmente no contexto do SUS.

A bioética é um campo de estudo que surgiu como resposta ao avanço tecnológico, focando na necessidade de uma nova postura ética. Isso requer novas soluções em relação aos limites entre direitos e responsabilidades, especialmente no que diz respeito ao tratamento de seres humanos, particularmente aqueles que estão doentes e em situações de vulnerabilidade. (Villas-Bôas, 2012).

O tema aqui apresentado, por ser de grande relevância social, impacta diretamente a qualidade de vida dos usuários do SUS, principalmente no que diz respeito ao acesso aos tratamentos de saúde, em especial os medicamentos, bem como numa percepção ao olhar trans, multi e interdisciplinar da bioética, facilitando assim a promoção do uso racional de medicamentos e a qualidade no tratamento do paciente.

A problemática enfrentada diz respeito à seguinte indagação: Pode a bioética em seus aspectos transdisciplinares, multidisciplinares e interdisciplinares, auxiliar nos problemas que envolvem a judicialização e consequentemente tornar o acesso à saúde mais equitativo?

O objetivo geral, como já mencionado, visa demonstrar o comportamento da judicialização da saúde, principalmente a AF, frente aos aspectos integrativos da bioética, bem como, como essa ciência pode contribuir na proposição de soluções para a judicialização da saúde, voltada aos tratamentos farmacológicos aos usuários de saúde.

Quanto à metodologia, os estudos foram desenvolvidos com base em aspectos bibliográficos, ou seja, referenciais selecionados a partir da temática do texto, documentais e exploratórios, de natureza dedutiva. Pontualmente em relação aos aspectos documen-

tais, foram mobilizados, sobretudo, dados do relatório anual de gestão da Secretaria do Estado da Saúde (2024), em relação à judicialização de medicamentos; protocolos de saúde, pesquisa bibliográfica que envolvem autores e institutos conceituados, entre outros documentos de relevância sobre o tema abordado. Ainda em relação à pesquisa bibliográfica, essa foi reportada através da seleção de textos na base de dados em fontes seguras das bibliotecas acadêmicas como: Google Acadêmico, SciELO, entre outros, envolvendo o tema aqui abordado com os descritores: “Assistência Farmacêutica; Direito da Saúde; judicialização de medicamentos; Direitos Humanos; bioética”. Já a pesquisa documental abordou o levantamento de leis como a Constituição Federal, Portarias do Ministério da Saúde (MS), levantamento de dados diretos, e demais legislações pertinentes ao tema relacionado à bioética, direito à saúde e AF, que é descrita como um conjunto de ações e serviços de saúde ligados aos medicamentos que cobre todo o processo desde a escolha até a asseguração da qualidade tanto dos produtos como serviços, monitoramento e análise de seu uso, visando alcançar resultados efetivos e aprimorar a qualidade de vida das pessoas (Brasil, 2004a).

No presente momento há uma tendência de judicialização nas interações relacionadas à saúde, percebendo-se uma medicalização da vida³, muitas vezes afetada pelo uso da tecnologia. Isso coloca a legislação como uma possível solução para diversas questões nesse campo, onde o próprio sistema jurídico não está apto a lidar com os desafios que os progressos nas biociências exigem (Villas-Bôas, 2012:90).

A bioética, no contexto de debates e compreensão, pode trazer benefícios tanto para o setor jurídico quanto para a sociedade ao longo das últimas quatro décadas. No entanto, é essencial que os profissionais do direito e da saúde se empenhem em enriquecer essa troca, favorecendo, dessa maneira, o empoderamento e o desenvolvimento da pessoa humana, que deve ser o foco principal das duas disciplinas envolvidas (Villas-Bôas, 2012:90).

A pesquisa aqui apresentada representa a continuidade de outras pesquisas dentro do tema da AF e é estruturada em três tópicos. O primeiro abordará breves considerações sobre a organização da AF dentro do SUS, seguindo pelo segundo, que tratará especificamente da transdisciplinaridade da bioética e sua contribuição com o direito da saúde, e por fim, o terceiro que reportará a judicialização de medicamentos e seus atuais impactos no SUS.

II. Breves considerações sobre a organização da assistência farmacêutica em componentes dentro do SUS

Analisando que a AF representa uma das principais políticas públicas relativas ao direito à saúde da população, e que tanto a Constituição Federal de 1988 (Brasil, 1998) quanto outras legislações garantem esse acesso aos beneficiários do SUS, é importante que considerações sucintas sobre a estrutura da AF sejam incluídas em quaisquer pesquisas que tratem do tema. Isso permitirá que o leitor compreenda como essa estrutura ope-

3 Medicalização é um termo que ganhou espaço na literatura nas últimas décadas, servindo como tema para a discussão de diversos fenômenos. O conceito amplamente utilizado na atualidade ganhou notoriedade devido a sua capacidade de apreender e descrever fenômenos diversos a despeito de uma conotação moral negativa. ‘Medicalização’ descreve um processo pelo qual problemas não médicos passam a ser definidos e tratados como problemas médicos, usualmente em termos de doenças ou transtornos. Medicalização seria o rótulo que descreve práticas culturais caracterizadas pela transformação de fenômenos ou características eminentemente humanas em objeto de intervenção biomédica (Ferreira et al, 2021)

ra através dos Componentes. Assim, é essencial apresentar a responsabilidade de cada nível de governo em relação à programação, aquisição, distribuição, programação, armazenamento e dispensação dos medicamentos dos componentes, que são oferecidos pelo SUS.

Em 1998, foi criada a "Política Nacional de Medicamentos" por meio da Portaria número 3.916, datada de 30 de outubro daquele ano, a qual lançou iniciativas que melhoraram as condições de atendimento no que diz respeito ao acesso a medicamentos, visando a saúde e o bem-estar da população (Brasil, 1998).

Com a chegada da Resolução número 338 de 2004, que autorizou a "Política Nacional da Assistência Farmacêutica", foi viável facilitar um acesso mais justo à Assistência Farmacêutica, tanto no que diz respeito ao acesso a medicamentos quanto aos diversos serviços que abrangem desde a seleção até o atendimento ao paciente, que mais adiante serão apresentados (Brasil, 2004a).

A AF é caracterizada por um conjunto abrangente de atividades que englobam as várias fases no processo de cuidado à saúde, abarcando a escolha, planejamento, compra, entrega e fornecimento de medicamentos, com o objetivo de proporcionar proteção, incentivo e restauração da saúde dos pacientes do SUS (Biudes, 2022), além do atendimento ao paciente por meio da Farmácia Clínica e da AF.

A disponibilidade de medicamentos no Brasil ocorre por meio de "protocolos" (Brasil, 2022a), que se inserem na estrutura destinada à saúde da seguinte forma: na atenção primária, de acordo com o componente básico; programas estratégicos são incluídos no componente estratégico; o componente especializado, abrangendo média a alta complexidade (Biudes, 2022), incluindo o programa de Farmácia Popular, conforme relatado pelo Ministério da Saúde (Brasil, 2022a)

Conforme mencionado anteriormente, essa estrutura é organizada através de Componentes, classificada da seguinte maneira: Componente Básico, Estratégico e Especializado da Assistência Farmacêutica. O Componente Básico da Assistência Farmacêutica (CBAF) abrange os medicamentos relacionados às doenças mais frequentes, sendo ele o responsável na área da Atenção Primária. Quanto ao financiamento, a responsabilidade é compartilhada entre os três níveis de governo, de acordo com o "artigo n.º 537 da Portaria de Consolidação GM/MS n.º 6, de 28 de setembro de 2017", que regulamenta a transferência de recursos financeiros. (Brasil, 2022a, p. 13). A responsabilidade pela oferta e compra desse item recai sobre os municípios, a não ser que existam acordos feitos por meio dos estados ou das áreas de saúde (Brasil, 2022a).

Os medicamentos que fazem parte do Componente Estratégico da Assistência Farmacêutica (CESAF) também estão incluídos nos protocolos do Ministério da Saúde. Esses medicamentos são essenciais para garantir o acesso a tratamentos que abordam situações de saúde, incluindo aqueles com "impacto endêmico" e condições consideradas doenças negligenciadas, relacionadas às dificuldades das condições socioeconômicas de um grupo específico da população (Brasil, 2022a, p. 14). O financiamento e a aquisição desses medicamentos estão centrados no Ministério da Saúde, enquanto a responsabilidade pelo "recebimento, armazenamento e distribuição dos insumos e medicamentos" vinculados aos programas estratégicos dentro do SUS recai sobre os estados e municí-

pios (Biudes, 2022:22 e 23).

E, por fim, o Componente Especializado da Assistência Farmacêutica (CEAF) é identificado como uma forma de acesso que pode incluir enfermidades crônico-degenerativas e raras, com a meta de assegurar tratamentos em nível ambulatorial, através do Ministério da Saúde por meio de Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas (Biudes, 2022). Este componente utiliza uma parte significativa dos recursos financeiros, sendo um dos elementos mais caros para o setor público no que se refere às tecnologias, juntamente com o Componente estratégico que também é custeado pelo governo federal. Conforme o Instituto de Estudos Socioeconômicos (Inesc), no ano de 2021, o Componente Especializado alcançou uma execução financeira de 7,24 bilhões de reais, enquanto o Componente estratégico envolveu a impressionante soma de 16,55 bilhões (Inesc, 2022). Comparado ao ano de 2020, houve um crescimento de 12% nos gastos do Componente Especializado em 2021, enquanto o Componente estratégico teve um aumento de 62%, lembrando que as vacinas contra a Covid-19 fazem parte desse componente e é provável que isso tenha contribuído para o expressivo crescimento nas despesas (Inesc, 2022).

Cabe ressaltar, no entanto, que a execução financeira do “Orçamento Temático de Acesso a medicamentos” (OTMED) em relação à função saúde, em 2021 foi de 80%, correspondendo “[...]a um percentual inferior aos 90% observados em passado recente [...]” (Inesc, 2022:1), de forma que conforme reporta o instituto, o ente federal “[...]não planejou recursos adequados para o combate à pandemia do novo coronavírus, pois, na sua postura negacionista, considerou que ela acabaria em 2020” (Inesc, 2022:1).

Considerando a relevância dos custos a serem empregados na tecnologia da Assistência Farmacêutica, bem como, para sua melhor compreensão, é importante “[...] o entendimento de que existem critérios na aquisição, no acesso e no financiamento desses medicamentos. Por isso, foi definida a Relação Nacional de Medicamentos Essenciais (RENAME)” (Biudes, 2022:24), que define uma relação de tecnologias com a finalidade de trazer orientação aos técnicos no SUS e gestores na aquisição desses medicamentos com planejamento e a respeitando as “características epidemiológicas” locais. Essa relação (Brasil, 2019), acaba contemplando os três componentes no âmbito da AF, incluindo também medicamentos de uso hospitalar, além de próteses, órteses entre outros materiais para atender os cuidados da saúde através do SUS (Biudes, 2022).

No que se refere aos municípios, existe também a Relação Municipal de Medicamentos Essenciais, (REMUME), na qual estarão inseridos os itens selecionados de acordo com a situação epidemiológica específica local, respeitando as necessidades individuais no qual se busca, priorizar os itens contidos dentro da RENAME, podendo haver algumas exceções, respeitando logicamente as pactuações entre gestões. Essa padronização de medicamentos acaba facilitando o processo de “[...] aquisição de medicamentos e respostas aos órgãos de controle sobre os medicamentos disponíveis e de responsabilidade” dos municípios (Secretaria Municipal de Porto Velho, 2023).

As seleções de medicamentos são organizadas pelas Comissões de Farmácia e Terapêutica, que conforme a Resolução Nº 449 de 2006, possibilita aos profissionais farmacêuticos a participação “[...]na escolha, análise e utilização de estudos científicos que fundamentem a adequada seleção de medicamentos”, dentre outras atribuições (Brasil, 2006). Como podemos observar, dentro da organização em componentes da AF existem cri-

térios para que a aquisição ocorra, de forma se caracterizar pelos grupos de financiamento, isso possibilita que os entes federais, estaduais e municipais possam fazer seu planejamento, buscando atender de forma mais integral possível o usuário de saúde, porém muitas vezes existem fragilidades nesse acesso, ou também reflexo do crescimento impressionante da indústria farmacêutica com suas novas tecnologias, na qual é necessário cautela no que se refere à medicalização e seus aspectos dentro da bioética, considerando que a medicalização da vida consiste no processo pelo qual experiências e condições comuns da existência humana são convertidas em questões de natureza médica, que passam a demandar intervenção de profissionais da saúde, muitas vezes por meio do uso de medicamentos. Esse fenômeno manifesta-se quando sentimentos como tristeza, ansiedade, conflitos interpessoais e desafios próprios do desenvolvimento deixam de ser compreendidos como dimensões inerentes à vivência humana e passam a ser interpretados como patologias, favorecendo, assim, a ampliação do uso de medicalização (Ferreira et al, 2021). Isso tudo pode acabar desembocando no fenômeno que denominamos judicialização, que detalharemos adiante nesta pesquisa.

III. Transdisciplinaridade da bioética e sua contribuição com o direito à saúde

A Bioética foi introduzida no começo dos anos 1970, na forma de um termo, pelo oncologista Van Rensselaer Potter, sendo então caracterizada como a “ciência da sobrevivência humana”, uma “ponte para o futuro”. Seus objetivos centrais incluem promover a proteção da dignidade humana e melhorar a qualidade de vida, em resposta aos progressos, buscando manter um “equilíbrio ambiental” para assegurar o futuro de todos. (Villas-Bôas, 2012:90). O advento da Bioética e dos direitos humanos surgiu como uma maneira de garantir os valores e a defesa do ser humano, reconhecendo sua dignidade essencial (Oliveira, 2007). Dessa forma, a bioética e os direitos se mostram como elementos de conexão à dignidade humana e a alguns valores fundamentais (Oliveira, 2007).

A Bioética, conforme mencionado, surgiu em resposta ao progresso tecnológico, direcionada a uma necessidade de uma ética renovada. Isso requer novas soluções relacionadas aos limites entre direitos e responsabilidades e, acima de tudo, entre as autoridades e os deveres na tratativa do ser humano, especialmente em relação ao ser humano que está em situação de vulnerabilidade e enfermidade (Villas-Bôas, 2012).

Dessa forma, é fundamental que o cuidado à saúde ocorra de maneira a garantir que cada um tenha sua autonomia valorizada, requerendo, portanto, uma análise crítica e também ética sobre os recursos existentes (Espíndula, 2013).

A Bioética, em sua essência, foi inicialmente descrita de uma maneira biocêntrica, atualmente conhecida como macrobioética. Esse conceito destaca a relação do ser humano com o ambiente de uma forma integral e holística, atentando-se à qualidade de vida de maneira ecológica e com foco nas futuras gerações (Villas-Bôas, 2012). Sob essa abordagem, quando se discute a judicialização da saúde, é fundamental dar atenção especial à noção de que a vulnerabilidade individual não deve se transformar em vulnerabilidade social, uma vez que esta inclui elementos que resultam na diminuição do bem-estar coletivo, colocando em risco comunidades e famílias (Espíndula, 2013). Por outro lado, é importante lembrar que o direito dos cidadãos ao acesso a medicamentos serve como um meio de supervisão do Estado, prevenindo a desatenção e omissão pública (Espíndula, 2013).

Em 1972, o doutor André Hellegers trouxe à tona a bioética com uma abordagem mais centrada no ser humano, gerando debates principalmente no setor da saúde, de maneira mais pessoal ou interpessoal. Um exemplo disso é a dinâmica entre médico e paciente, especialmente no que diz respeito a estudos com humanos ou discussões sobre o início ou fim da vida. Nesse contexto, alguns consideraram que se tratava de uma forma de “microbioética”, por se concentrar na análise do indivíduo e nas suas preocupações e sofrimentos pessoais, em contrapartida com as questões ambientais, que estão relacionadas à macrobioética (Villas-Bôas, 2012:90).

Dessa forma, a Bioética se conceitua como sendo a ética relacionada à vida, um novo campo de análise e ação, que tem como foco principal as questões humanas em sua perspectiva ética, conforme se apresentam no contexto da prática clínica ou da pesquisa científica, utilizando como abordagem a implementação de sistemas éticos previamente definidos ou teorias a serem organizadas (Neves, 1996).

Assim, pode-se afirmar que a Bioética é uma área que se estende por várias disciplinas. Ela não apenas reúne saberes de diferentes campos (multidisciplinaridade), mas também estabelece conexões e se localiza entre essas áreas (interdisciplinaridade). Além disso, ela promove um diálogo de conhecimentos, criando algo que vai além do que cada disciplina oferece (Villas-Bôas, 2012).

Temos como precursores da Bioética, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Genebra (1948), entre outros que reportam a lesão na dignidade da pessoa humana, incluindo pesquisas realizadas nos campos de concentração nazistas (Villas-Bôas, 2012).

Além disso, em 1962, foi mencionado o surgimento do Comitê de Seattle, que era constituído por médicos e representantes da comunidade, incluindo um jurista, com o objetivo de estabelecer diretrizes para a tomada de decisões. Embora inicialmente focado em soluções extrajudiciais, esse comitê frequentemente levava casos ao sistema judicial, como pedidos para a disponibilização de tratamentos, medicamentos específicos, entre outros (Villas-Bôas, 2012).

Beauchamp e Childress, em suas pesquisas, dividiram os princípios em quatro categorias: “beneficência, não-maleficência, autonomia e justiça”, formando as bases da bioética. (Villas-Bôas, 2012:91). A consolidação da saúde como um direito humano se relaciona de maneira profunda a elementos fundamentais, como o impacto positivo e negativo sobre a pessoa, tanto no âmbito clínico quanto no de investigação. Essa relação entre os Direitos Humanos e a Bioética, ou Biodireito, se manifesta, entre outros aspectos, a partir das transformações que os progressos científicos e tecnológicos promovem na vida, no bem-estar e na saúde da humanidade (Valdés. 2015, Tradução nossa).

No contexto da bioética, a integração de disciplinas se tornou um aspecto fundamental. Em suas origens e com seus precursores, é possível notar a comunicação entre diferentes profissionais como uma resposta ao isolamento da “Medicina positivista” (Villas-Bôas, 2012:91).

Analisando o que os autores apresentam, percebe-se que, para que o Direito à Saúde seja efetivamente garantido, é essencial examinar conceitos que investiguem a medi-

calização, levando em conta tanto seus aspectos positivos quanto negativos. É inegável que certas tecnologias e as intervenções farmacológicas podem beneficiar o tratamento dos pacientes, mas também é necessário refletir sobre os abusos que podem surgir e qual o impacto do aumento da judicialização para os pacientes atendidos. Portanto, a bioética, com sua abordagem interdisciplinar, pode oferecer valiosas contribuições nas decisões relacionadas à distribuição de medicamentos para os pacientes, especialmente no âmbito do sistema de saúde pública, onde os recursos são limitados e muitas vezes a demanda supera a capacidade do sistema. Essa inquietação em torno da medicalização da vida possui o intuito de buscar, dentro da bioética, soluções efetivas que garantam a real preservação da autonomia do paciente, além de garantir que os recursos disponíveis sejam utilizados com o objetivo de garantir a eficácia no tratamento dos pacientes que procuram as unidades de saúde.

Há dúvidas sobre o fornecimento de medicamentos, assim como questionamentos sobre como a gestão pública deve agir diante dessa situação. Além disso, é relevante considerar que o interesse das indústrias farmacêuticas também afeta essa visão, uma vez que elas travam uma batalha constante para ampliar sua participação no mercado e maximizar seus ganhos. De acordo com Espíndula (2013), isso leva à busca pelo aproveitamento do que está disponível atualmente, dentro de um "mundo capitalista e globalizado", com o intuito de promover continuamente novos fármacos. Essa dinâmica tem gerado um aumento nas preocupações relativas a questões éticas sobre as abordagens dirigidas a médicos, instituições de saúde, representações de pacientes, gestores, políticos e à mídia (Espíndula, 2013:443).

Para a escritora, gerenciar tamanho poder apenas com proibições é ineficaz; portanto, é necessário implementar mecanismos de supervisão, realizados por entidades competentes e conselhos profissionais para observar e detectar de maneira precisa e clara as táticas de "marketing direto e indireto" (Espíndula, 2013:443). É fundamental estabelecer meios para prevenir consequências desfavoráveis, sancionando aqueles que ultrapassarem as fronteiras éticas (Espíndula, 2013).

A decisão de recusar uma ação legal relacionada a um certo medicamento pode, em alguns casos, ser interpretada como uma negação do direito à saúde que é imposta ao indivíduo (Espíndula, 2013). No entanto, essa interpretação pode estar equivocada, pois o direito à saúde não se limita somente à política de disponibilização de medicamentos, a partir de uma perspectiva simplista que interpreta a enfermidade apenas como alvo de intervenções "curativas e paliativas" (Espíndula, 2013:444).

No cenário atual, é fundamental notar que as políticas de saúde pública se estendem além das medidas de tratamento, abrangendo também as diretrizes de promoção, proteção e recuperação da saúde, conforme descrito na lei 8080/90 (Brasil, 1990). Relacionando-se às questões que tocam o Direito à saúde dos cidadãos, é imprescindível adotar uma perspectiva múltipla, interdisciplinar e transdisciplinar, visto que o direito frequentemente requer apoio de outras disciplinas para que as decisões sejam feitas de maneira justa e razoável.

Atualmente existem equipes multiprofissionais prestando serviços junto ao judiciário, são os chamados Nat-Jus, que envolvem profissionais de saúde da gestão, bem como do judiciário, para a tomada da melhor decisão nas aquisições de medicamentos e insumos

para atender aos pacientes usuários do SUS. Os Nat-Jus são definidos como sendo núcleos, que podem ser de natureza federal ou estadual, que possuem o intuito de prestar “apoio técnico ao judiciário”, sendo constituídos por profissionais de saúde, que possuem a responsabilidade de elaboração de “notas técnicas” (Biudes, 2022:114; Conselho Nacional de Justiça, 2022a). Esses documentos, então emitidos pelos profissionais de saúde, possuem caráter científico, sendo elaborados pela denominada “Equipe Técnica dos Núcleos e da Avaliação em Saúde”, obedecendo ao Termo de Cooperação nº 21 de 2016. A equipe em questão tem a “[...] competência de elaborar as respostas de forma a seguir suas bases nas ‘melhores evidências científicas disponíveis’, visando à questão clínica no que se refere aos riscos e benefícios de determinada tecnologia em relação à condição de saúde apresentada pelo paciente” (Biudes, 2022:114 e 115).

Em cenário nacional, é um desafio a estruturação dos Nat-Jus, no estado do Rio Grande do Sul, por exemplo, em março de 2023, o tribunal de justiça recorreu ao Conselho Regional de Farmácia para assinar um termo de cooperação para a inserção do profissional farmacêutico em seu Nat-Jus. Foi reportado que o “[...] NatJus, oriundo do Departamento Médico do Tribunal, inicialmente era composto somente por médicos, os quais manifestaram a necessidade de ampliação do quadro, com a inserção de farmacêuticos” (Conselho Regional de Farmácia do Rio Grande do Sul, 2023). Diante da situação apresentada, foi possível perceber que é necessário maior investimento, principalmente em Recursos Humanos (RHs) da área de saúde, para que os núcleos possam desempenhar seu papel com integralidade, pois, por meio de sua estruturação, é possível que haja uma melhor análise do que hoje conhecemos como nó crítico, a judicialização, visto que atualmente existe o desprendimento de quantias significativas de processos no âmbito da saúde, que exigem que critérios racionais e éticos sejam cumpridos para que o paciente seja assistido dentro da efetividade em seu tratamento, respeitando também os aspectos bioéticos.

Seguindo essa perspectiva, e avaliando que existia uma extensa demanda envolvendo ações judiciais que envolviam a assistência à saúde, bem como a de aprofundamento de estudos com fins de prevenir litígios e adequar a gestão dos processos que estavam em trâmite, o Supremo Tribunal Federal (STF), no ano de 2009, promoveu uma Audiência Pública, como n. 04, de forma que a intenção foi “[...] ouvir o depoimento de pessoas com experiência e autoridade em matéria de SUS, objetivando esclarecer as questões técnicas, científicas, administrativas, políticas, econômicas e jurídicas relativas às ações de prestação de saúde” (Conselho Nacional De Justiça, 2023). A partir daí, aprovou-se a resolução nº 107, “que instituiu o Fórum Nacional do Judiciário para Monitoramento e Resolução das Demandas de Assistência à Saúde – Fórum da Saúde” (Conselho Nacional de Justiça, 2023).

Analisando esse modelo do Nat-Jus, podemos observar que a inter e transdisciplinaridade favorece diretamente a tomada de decisões do judiciário, remetendo ao que avaliamos inclusive em relação à bioética, a importância da inserção da inter e transdisciplinaridade na área do direito. Sendo assim, nada impede que o Direito venha se socorrer de outras áreas como suplementação de fonte para suas tomadas de decisão, contribuindo assim tanto para a efetividade do tratamento do paciente como para critérios bioéticos que devam ser analisados com imparcialidade e priorizando realmente o melhor para o paciente em detrimento do lucro das indústrias de tecnologias.

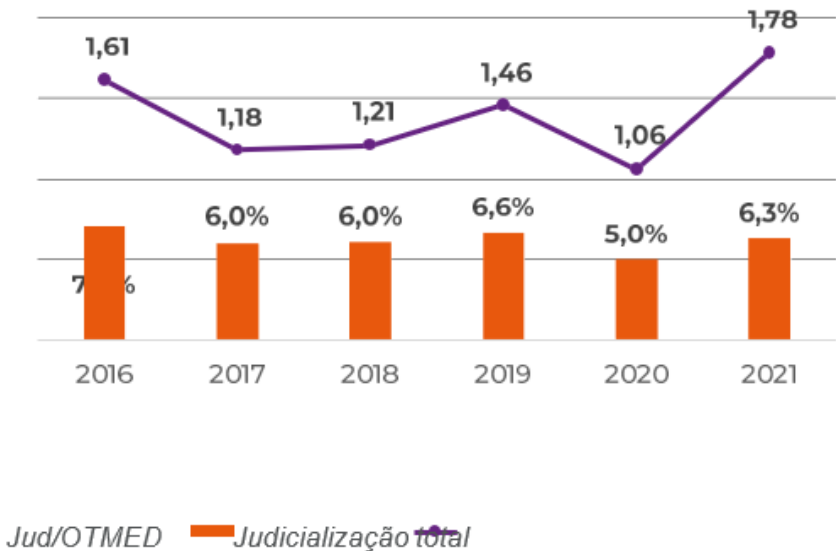
Em relação às decisões judiciais que envolveram o direito à saúde e que merecem discussão em relação à bioética, é importante ressaltar que, com o advento da Covid-19, podemos observar que o Sistema de Saúde, mesmo com suas fragilidades administrativas, acabou fazendo a diferença em relação ao atendimento dos usuários nessa grave pandemia que assolou o Brasil e o mundo. E, na oportunidade, as vacinas foram o ponto crucial, pois, através delas, foi possível minimizar o quantitativo de mortes pelo vírus, salvando então milhões de pessoas dessa doença, que até então demonstrava grande letalidade. Porém, nesse cenário, houve então decisão do STF pelo julgamento das ADIs nº 6.685 e 6.587, e do Agravo em Recurso Extraordinário nº 1.267.879 quanto à vacinação compulsória, não forçada, exigindo que a tecnologia (vacina) deveria possuir “base científica” (Sturza e Gonçalves, 2022:259). Mesmo que tal posição seja considerada “acertada”, para Sturza e Gonçalves (2022), a Corte Maior acabou criando uma “[...]sobrecarga na ciência, que é baseada na dúvida. A certeza absoluta sobre a segurança da vacina não pode ser outorgada pela ciência, e isso mantém o tensionamento entre a imunização e os princípios da bioética ativo”, deixando lacunas e não exaurindo o tema (Sturza e Gonçalves, 2022:259). No ponto de vista da bioética, a autonomia do sujeito deve ser respeitada, e mesmo que a vacinação não seja forçada, coloca em prova situações que envolvem a autonomia do sujeito em sua dignidade em detrimento de direitos que possam vir a ser cerceados, como por exemplo o direito de ir e vir, entre outros consagrados na Constituição Federal. Segundo (Sturza e Gonçalves, 2022:259; Lessa e Dórea, 2013:231), os direitos individuais poderão ser restringidos nos programas de vacinação com as justificativas relacionadas à proteção coletiva e à proteção individual. Porém, conforme autores: “[...]compulsoriedade não pode prevalecer sobre a autonomia do indivíduo, porquanto não se tem garantia que a vacina não terá efeitos colaterais indesejados; entretanto, na prática, os Estados compelem os indivíduos à vacinação, numa lógica de risco tolerável, pela baixa possibilidade de efeitos colaterais indesejados da vacinação” (Sturza e Gonçalves, 2022: 259).

É evidente que, quando se menciona a autonomia, deve-se considerar que a pessoa esteja realmente compreendendo, através do termo de consentimento informado sobre os melhores tratamentos utilizados para sua saúde, através de esclarecimentos médicos claros, objetivos e não viciados, nesse caso, é indiscutível que a vacina traz benefícios, mas não existe certeza absoluta ou garantias em relação aos efeitos adversos em relação a cada organismo e isso deve ser observado e colocado de forma clara ao paciente, conforme os preceitos bioéticos preconizam.

IV. A judicialização de medicamentos e seus atuais impactos no SUS

A judicialização da saúde é um fenômeno que envolve o aumento do número de demandas visando pleitear demandas no âmbito da saúde, através de vias judiciais (Conselho Nacional de Justiça, 2021). Esse instituto acaba então proporcionando o acesso tanto a serviços como a produtos de saúde, como por exemplo medicamentos, insumos, entre outros, através do judiciário, tendo como pilar o direito à saúde, garantido pela carta magna de 88 (Brasil, 1988; Inesc, 2020). Dessa forma, a judicialização de medicamentos no sistema público se constitui quando pacientes do SUS recorrem à Justiça para que seu tratamento seja garantido. Em nível de Brasil, no ano de 2021, o seu gasto quantificou R\$ 1,78 bilhão, sendo esse valor correspondente a um “[...] aumento de quase 70% em relação ao do ano anterior” (Inesc, 2022, p. 4). A Figura 1 mostra o gasto tributário, demonstrando a dinâmica da judicialização no país (2016 a 2021), conforme Inesc (2022).

Figura 1 - Gasto tributário com medicamentos e porcentagem equivalente do OTMED: valores em bilhões de reais constantes, corrigidos pelo IPCA de 2021



Fonte: elaboração própria do Inesc (2022), com base em dados do SIGA Brasil.

A avaliação reporta que o aumento desse gasto no ano de 2021 ocorreu devido “[...] ao atendimento da demanda represada no ano anterior e também por causa da inflação de insumos médicos” (Inesc, 2022:4), já que vários medicamentos estão judicializados, são considerados de “[...] alto custo e, em alguns casos, importados. Assim, a alta do dólar e o encarecimento do frete internacional devido às restrições impostas pelo enfrentamento da pandemia certamente tiveram um impacto nesse gasto” (Inesc, 2022: 4).

Já em relação ao ano de 2020, os valores despendidos com judicialização foram os menores em relação aos “últimos cinco anos”. Acredita-se que isso pode ter ocorrido devido às ações realizadas em nível federal para controlar o gasto, “[...] tais como a colaboração com o Poder Judiciário para a capacitação técnica com o intuito de melhor qualificar as decisões ou, ainda, a incorporação de medicamentos de alto custo com recomendação de redução de preços pela Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde (Conitec)” (Inesc, 2022:4).

Outra possibilidade, conforme Inesc (2022), seria: “[...] como foi o primeiro ano da pandemia de Covid-19, pode ter havido uma menor procura por serviços de saúde especializados, fazendo com que a demanda por medicamentos por essa via fosse menor” (INESC, 2022:4). Diante da questão administrativa no período, é possível que essa alternativa se encaixe melhor diante da diminuição de demandas, já que algumas políticas públicas, incluindo as da saúde, deixaram a desejar em vários aspectos nesse período.

Ainda segundo o Inesc (2022), a tecnologia que envolve a Assistência Farmacêutica do Componente Especializado foi a que demandou o maior desprendimento de gastos no

que se refere à judicialização de medicamentos, já que possuem tecnologias que envolvem custos mais elevados (Inesc, 2022:8).

No estado de Rondônia, por exemplo, conforme relatório anual de gestão do ano de 2024(Secretaria Estadual de Saúde de Rondônia, 2025), com publicação em 2025, em relação ao quantitativo de processos judiciais recebidos por procedimento, a tecnologia “medica-mentos” totaliza a marca de 1058 (14,8%) processos, ficando atrás dos itens “consulta” (26,5%), com 1891 processos, e “procedimento cirúrgico” com 1642 (23,0%). (Secretaria Es-tadual de Saúde de Rondônia, 2025:310-311). Já no que diz respeito aos sequestros judiciais. Considerando os períodos base de 2022, 2023 e 2024, foram sequestrados dos cofres públicos um total de R\$ 216.032.083,81 . Vejamos Figura 2 referente aos valores sequestrados (2016 a 2024).

Figura 2 - Série Histórica Sequestros Judiciais por Valor

ANO	VALOR
2016	R\$ 6.566.735,03
2017	R\$ 14.131.012,12
2018	R\$ 14.998.141,38
2019	R\$ 15.607.085,81
2020	R\$ 13.929.491,21
2021	R\$ 19.912.234,14
2022	R\$ 38.320.821,44
2023	R\$ 42.481.362,01
2024	R\$ 50.085.200,67
TOTAL	R\$ 216.032.083,81

Fonte: Adaptada pelas autoras de Secretaria Estadual de Saúde de Rondônia, 2025.

De acordo com o que foi exposto, os montantes retidos do cofre público do estado au-
men-tam a cada ano, indicando um claro problema administrativo e financeiro que le-
vanta ques-tões sobre a eficácia do modelo de gestão e dos fluxos empregados diante
da demanda em crescimento. É importante notar que o número de sequestros judiciais
cresceu, uma vez que também houve um aumento nas ações judiciais, como foi mencio-
nado anteriormente (Se-cretaria Estadual de Saúde de Rondônia, 2025).

Somente em 2023, os processos judiciais ultrapassaram 5.000, um padrão que também
se repetiu em 2024. Assim, há um efeito encadeado: com o aumento dos processos judi-
ciais, o número de sequestros judiciais cresce em função do elevado volume de proces-

sos a serem geridos. No entanto, a maioria dos sequestros judiciais realizados resulta de ações de anos anteriores a 2024. Além disso, outros fatores, como a melhoria nas instituições públicas, inclu-ndo a Defensoria Pública Estadual, o Ministério Público e o acesso à justiça, têm contribuído para um aumento significativo nas ações judiciais originárias do interior do Estado (Secretaria Estadual de Saúde de Rondônia, 2025).

O valor dos bloqueios judiciais previsto para o ano de 2024 é de R\$ 50.641.657,18, referente a processos legais relacionados a medicamentos, intervenções cirúrgicas, serviços, insumos, maquinários, terapias, exames, consultas, tratamentos, nutrição, assistência domiciliar, entre outros (Secretaria Estadual de Saúde de Rondônia, 2025).

Considerando os valores apresentados, podemos observar que as demandas através de pro-cessos judiciais envolvem valores significativos, lembrando que existe um planejamento anual das contas públicas, muitas vezes comprometendo políticas básicas de saúde, que já estão previstas nos protocolos de saúde.

É importante ressaltar que quando um medicamento é pleiteado por via judicial, não estando contido nos protocolos do MS, é preciso que haja uma análise técnica em relação “[...] à efetividade do tratamento, ao custo-benefício para o paciente, bem como no que se refere à disponibilidade ou não de outro medicamento para aquela determinada patologia”, tudo isso integrando a atual anamnese clínica do paciente, (Biudes, 2022:112) “[...] tanto para que a dignidade da pessoa humana não seja lesada quanto para que os serviços de saúde sejam aplicados de forma a não comprometerem a coletividade” (Biudes, 2022:112), lembrando que nos atuais avanços tecnológicos de natureza global e capitalista é necessário uma avaliação na perspectiva da bioética transdisciplinar, para que o tratamento pleiteado seja disponibilizado de forma que a saúde do paciente realmente seja o foco.

No ano passado o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) finalizou a definição das condições que devem ser seguidas para a autorização judicial de medicamentos aprovados pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), mas não incluídos no SUS, independente-mente do valor (Brasil, 2024).

O Tribunal decidiu que, como norma geral, se um medicamento registrado na Anvisa não estiver nas listas do SUS (Rename, Resme e Remune), independentemente do preço, o juiz só pode indicar suas especificações sem limitações. Nessa situação, o autor da ação judicial deve provar, entre outros critérios, que não dispõe de recursos para adquirir o medicamento, que não existe substituto na lista do SUS, que sua eficácia é respaldada por evidências e que é imprescindível para o tratamento (Brasil, 2024).

No posicionamento mencionado, o Judiciário solicita que o laudo demonstre que o medicamento seja imprescindível para o paciente, até aí um ponto justificado, pois essa descrição por natureza já é demonstrada na prescrição e laudos do usuário de saúde; outro item solicitado é a afirmação de que houve ineficácia de outros medicamentos disponíveis pelo SUS; seguindo pela incapacidade de custear o medicamento prescrito, um ponto que discordamos, já que a saúde é um direito de todos e dever do Estado, amparado tanto na CF DE 88, como na lei 8080/90, independente da renda do paciente, de forma a primar pela universalidade e integralidade dentro das políticas públicas de saúde.

Em maio de 2019, o STF (RE 657718) decidiu que o Estado não é obrigado a fornecer medicamento sem registro na Agência Nacional Sanitária, sendo apenas em casos excepcionais. A decisão, com repercussão geral reconhecida é de relatoria do ministro Marco Aurélio e foi tomada pela maioria dos votos. (Brasil, 2019b). Porém “[...]é necessário ponderar o que está dentro dos direitos que envolvem a dignidade da pessoa humana e o que fere a razoabilidade dos pedidos, para que ao final, a dignidade da pessoa humana não seja lesada em decorrência da omissão do dever de agir do Estado” (Biudes, 2022:113).

Já no mês de abril de 2023, Supremo Tribunal Federal (STF), através do ministro Gilmar Mendes,

“[...] determinou a suspensão nacional, nas instâncias ordinárias, de recursos ao STF e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) em que se discuta a inclusão da União em ações contra governos estaduais sobre o fornecimento de medicamentos ou tratamentos registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e que integrem ou não a lista padronizada do Sistema Único de Saúde (SUS). Fica ressalvada da decisão a possibilidade de deferimento ou ajuste de medidas cautelares a qualquer momento, pelo juízo de origem (Brasil, 2023a)”.

Ao avaliar o mencionado recurso, o ministro acabou citando diversos casos que “[...] demonstram que a controvérsia sobre a responsabilidade solidária da União atinge indistintamente medicamentos padronizados e não padronizados pelo SUS, porque diz respeito à solidariedade dos entes federativos nas ações de saúde e suas implicações em ações judiciais sobre o tema” (Brasil, 2023a).

No seu ponto de vista, seria um erro que o “[...]Supremo desconsiderasse, no julgamento desse tema de repercussão geral, a rede de relações e estruturas federativas envolvidas na concretização do direito fundamental à saúde” (Brasil, 2023a), sendo que ao seu ver, o melhor enfrentamento do tema deve impor “[...]a abordagem de todo o processo de prestação de ações e serviços de saúde pelo estado, desde o custeio até a compensação financeira entre os entes federativos, abrangendo os medicamentos padronizados e os não incorporados pelo SUS” (Brasil, 2023a).

V. Conclusão

Pode-se observar que a transdisciplinaridade da bioética dentro das análises de discussão e conhecimento pode reportar ganho para o direito à saúde, através do esforço dos profissionais tanto da área de direito, como da saúde, principalmente no que se refere à judicialização, em especial a de medicamentos.

A judicialização da saúde, principalmente no que tange a medicamentos, é atualmente um grande desafio que coloca em prova tanto os gestores de saúde quanto aqueles que atuam na área jurídica. Assim, é fundamental que haja uma colaboração efetiva entre os profissionais da saúde e do sistema judicial, de modo a garantir justiça e efetividade no tratamento dos pacientes, assegurando que os recursos sejam utilizados de maneira racional.

Os Natjus são ferramentas de grande relevância quando referenciamos a judicialização da saúde, pois possuem o intuito de prestar apoio técnico no âmbito do judiciário, sen-

do consti-tuídos por profissionais de saúde, que possuem a responsabilidade de elaboração de notas técnicas numa integração com o judiciário, remetendo à possibilidade de interdisciplinaridade dentro das perspectivas da bioética. Porém, como demonstrado na pesquisa, há dificuldade na estruturação desses núcleos, no que se refere à área de recursos humanos disponíveis.

É imprescindível que haja um aumento no investimento, especialmente em recursos humanos na área da saúde, para que esses núcleos consigam cumprir suas funções de forma adequada. Dessa forma, com uma estrutura mais estruturada, seria possível realizar uma análise eficiente do que atualmente se refere um problema crítico, a judicialização, que, co-mo já mencionado no desenvolvimento do estudo, provoca uma grande quantidade de gas-tos e sequestros na gestão da saúde pública.

Referências

- Biudes, R. F. (2022). *A responsabilidade do Estado e o acesso aos medicamentos do Componente Especializado, na Regional de Vilhena e estado de Rondônia* [Dissertação de mestrado, Universidade Santa Cecília]. Recuperado de https://unisanta.br/arquivos/mestrado/direito/dissertacoes/Dissertacao_RENATAFAVONIBIUDES540.pdf
- Biudes, R. F., et al. (2021). Saúde como direito, SUS e a assistência farmacêutica na atenção básica. In M. Lamy (Org.), *Temas avançados de direito da saúde* (Vol. 2, pp. 267–287). São Paulo: Matrisoska Editora.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Brasil. (1990). *Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde*. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Recuperado de https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm
- Brasil. Ministério da Saúde. (1998). *Portaria nº 3.916, de 30 de outubro de 1998. Política Nacional de Medicamentos*. Brasília, DF. Recuperado de https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1998/prt3916_30_10_1998.html
- Brasil. Conselho Nacional de Saúde. (2004). *Resolução nº 338, de 06 de maio de 2004. Aprova a Política Nacional de Assistência Farmacêutica*. Diário Oficial da União, Brasília, DF. Recuperado de https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/cns/2004/res0338_06_05_2004.html
- Brasil. Ministério da Saúde. (2005). *O remédio via justiça: um estudo sobre o acesso a novos medicamentos e exames em HIV/Aids no Brasil por meio de ações judiciais*. Brasília: Ministério da Saúde.
- Brasil. Superior Tribunal de Justiça. (2018). *Recurso especial nº 1.657.156/RJ*, Rel. Min. Benedito Gonçalves, j. 25 abr. 2018, Primeira Seção, DJe 4 maio 2018. Recuperado de <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1466781455>
- Brasil. Ministério da Saúde. (2019). *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2020*.
- Brasília: Ministério da Saúde. Recuperado de https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/relacao_medicamentos_rename_2020.pdf
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2019). *Jurisprudência*. Recuperado de <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754312026>
- Brasil. Ministério da Saúde. (2022). *Relação Nacional de Medicamentos Essenciais 2022*.

- Brasília: Ministério da Saúde. Recuperado de https://www.gov.br/saude/pt-br/composicao/sectics/daf/renome/20210367-renome-2022_final.pdf
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2023). *Notícia institucional*. Recuperado de <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=505524&ori=1>
- Brasil. Supremo Tribunal Federal. (2024). *STF define critérios para a concessão judicial de medicamentos não incorporados ao SUS*. Recuperado de <https://noticias.stf.jus.br/posts-noticias/stf-define-criterios-para-a-concessao-judicial-de-medicamentos-nao-incorpora-do-ao-sus/>
- Brasil. Conselho Nacional de Secretarias Municipais de Saúde. (2025). *Judicialização corresponde a quase 33% dos gastos em medicamentos de estados brasileiros*. Recuperado de https://portal.conasems.org.br/noticias/1055_judicializacao-corresponde-a-quase-33-dos-gastos-em-medicamentos-de-estados-brasileiros
- Conselho Federal de Farmácia. (2006). *Resolução nº 449, de 24 de outubro de 2006*. Dispõe sobre as atribuições do Farmacêutico na Comissão de Farmácia e Terapêutica. Recuperado de <https://www.cff.org.br/userfiles/file/resolucoes/449.pdf>
- Conselho Nacional de Justiça. (2021). *Judicialização e saúde: ações para acesso à saúde pública de qualidade*. Brasília: CNJ. Recuperado de https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2021/06/Relatorio_Judicializacao-e-Sociedade_2021-06-08_V2.pdf
- Conselho Regional de Farmácia do Rio Grande do Sul. (2023). *CRF/RS e Tribunal de Justiça do RS assinam Termo de Cooperação para inserir farmacêutico no NAT-JUS*. Recuperado de <https://www.crrfs.org.br/noticias/crrfs-e-tribunal-de-justica-do-rs-assinam-termo-de-cooperacao-para-inserir-farmacaceutico-no-nat-jus>
- Espíndula, T. C. A. S. D. (2013). Judicialização da medicina no acesso a medicamentos: reflexões bioéticas. *Revista Bioética*. Recuperado de <https://www.scielo.br/j/bioet/a/CwJz7j4MDGyZbWKKcg4SGG/?format=pdf&lang=pt>
- Ferreira, T. A. da S. et al. (2021). Medicalização da vida e análise alínica do comportamento. *Redalyc.org*. Recuperado de <https://www.redalyc.org/journal/2745/274570459004/html/>
- Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC). (2020). *Orçamento Temático de Acesso à Medicamento – OTMED 2019*. Brasília: INESC. Recuperado de <https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2020/12/OTMED2020.pdf>
- Instituto de Estudos Socioeconômicos (INESC). (2022). *Orçamento Temático de Acesso à Medicamentos – OTMED 2021*. Brasília: INESC. Recuperado de https://www.inesc.org.br/wp-content/uploads/2022/11/OTMED_PT-3.pdf
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). (2020). *Direito à saúde no Brasil: seus contornos, judicialização e a necessidade da macrojustiça*. Brasília: IPEA. Recuperado de https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2547.pdf
- Neves, M. C. P. (1996). Fundamentación antropológica de la bioética: expresión de un nuevo humanismo contemporáneo. *Cuadernos del Programa Regional de Bioética*, 2, 8–27. Programa Regional de Bioética OPS/OMS.
- Oliveira, A. A. (2009). Interface entre bioética e direitos humanos: o conceito ontológico de dignidade humana e seus desdobramentos. *Revista Bioética*, 15(2). Recuperado de http://www.revistabioetica.cfm.org.br/revista_bioetica/article/view/39
- Secretaria Estadual de Saúde de Rondônia. (2025). *Relatório Anual de Gestão (RAG) 2024. Porto Velho: Governo de Rondônia*. Recuperado de <https://rondonia.ro.gov.br/wp-content/uploads/2025/04/Relatorio-Anual-de-Gestao-2024-Final-19-03-2025-AS-14h28min-Com-Anexos-1.pdf>
- Secretaria Municipal de Porto Velho. (2023). *Relação Municipal de Medicamentos Essenciais passa por atualização na rede municipal*. Porto Velho: Prefeitura Municipal. Recuperado de <https://semusa.portovelho.ro.gov.br/artigo/38663/saude-relacao-municipal-de>

medicamentos-essenciais-passa-por-atualizacao-na-rede-municipal

- Machado Sturza, J., & Gonçalves, M. (2022). Saúde e ciência na contemporaneidade: o processo de vacinação compulsória e a tese fixada pelo STF. *Revista Brasileira De Estudos Políticos*, 124. <https://doi.org/10.9732/2022.V124.866>
- Valdés, M. B. (2015). Salud, acceso a medicamentos y bioética. *Revista de derecho público*, 24(48), 13–38. Recuperado de <https://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/48/archivos/blengio48.pdf>
- Villas-Bôas, M. E. (2012). Bioética e direito: aspectos da interface. Desafios e perspectivas de um chamado biodireito. *Revista Bioethikos*, 6(1), 89–100. Recuperado de <http://www.saocamilo-sp.br/pdf/bioethikos/91/a09.pdf>

Acuerdo de riesgo compartido: si se pudo con Zolgensma, se puede con Risdiplam

Risk sharing agreement: if it was possible with Zolgensma, it is possible with Risdiplam

Sebastián Sandoval Junyent¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)53](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)53)

Fecha de envío: 30.09.2025

Fecha de aceptación: 31.10.2025

RESUMEN:

La irrupción de terapias de alto costo, como las destinadas a la Atrofia Muscular Espinal (AME), ha exacerbado la tensión estructural entre el derecho al acceso a la salud y la sostenibilidad financiera del sistema sanitario argentino. Los Acuerdos de Riesgo Compartido (ARC), que condicionan el pago de una tecnología a sus resultados clínicos, se definen como acuerdos entre fabricantes y un pagador/proveedor que permiten el acceso a una tecnología sanitaria sujeta a condiciones específicas (Amaris Caruso, 2022).

Estos acuerdos surgen como una herramienta de gestión innovadora. No obstante, su aplicación en el país es casuística y opera en un profundo vacío legal, generando inequidad y litigiosidad. Este artículo analiza esta problemática a través de dos casos paradigmáticos: Zolgensma® y Risdiplam®.

Se profundiza en el rol del paciente, no como parte contractual, sino como sujeto central y vulnerable cuyos datos y resultados clínicos constituyen el núcleo del acuerdo, exponiendo los riesgos que enfrenta en materia de privacidad, consentimiento y continuidad del tratamiento. A partir de este análisis, se evalúan las vías regulatorias posibles y se postula como solución superadora la adopción de un modelo regulatorio híbrido que brinde un marco de contención legal explícito para el paciente.

ABSTRACT

The emergence of high-cost therapies, such as those for Spinal Muscular Atrophy (SMA), has exacerbated the structural tension between the right to access to healthcare and the financial sustainability of the Argentine healthcare system. Risk-Sharing Agreements (RSAs), which condition payment for a technology on its clinical results, are defined as agreements between manufacturers and a payer/provider that allow access to a healthcare technology subject to specific conditions (Amaris Caruso, 2022).

¹ Abogado litigante (UCC), Mgtr. Derecho Empresario (UES21), Maestrando en Adm y Gerencia de Servicios de Salud (UNC), Especialista en Derecho Sanitario (UA), Investigador de la Sala de Derecho a la Salud del Instituto de Investigaciones Jurídicas (IDI-CJ) de la UBP. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-9179-8294>.

These agreements emerge as an innovative management tool. However, their application in the country is case-by-case and operates within a profound legal vacuum, generating inequity and litigation. This article analyzes this issue through two paradigmatic cases: Zolgensma® and Risdiplam®.

It delves into the role of the patient, not as a contractual party, but as a central and vulnerable subject whose data and clinical results constitute the core of the agreement, exposing the risks they face in terms of privacy, consent, and continuity of treatment. Based on this analysis, possible regulatory avenues are evaluated, and the adoption of a hybrid regulatory model that provides an explicit legal framework for patient protection is proposed as a superior solution.

PALABRAS CLAVE: Atrofia Medular Espinal (AME); Zolgensma; Risdiplam; tratamiento alto costo; Acuerdos de Riesgo Compartido (ARC)

KEY WORDS: Spinal Muscular Atrophy (SMA); Zolgensma; Risdiplam; high-cost therapies; Risk-Sharing Agreements (RSAs).

I. Introducción: la doble crisis de la innovación y la sostenibilidad

El sistema de salud argentino enfrenta una doble crisis: la presión financiera sobre sus subsistemas (público, de la seguridad social y privado) y la demanda creciente por acceder a innovaciones terapéuticas o tecnología sanitaria de un costo sin precedentes. En los últimos 20 años, la judicialización del acceso a la salud, en términos generales, ha ido aumentando en toda la nación argentina, principalmente por el altísimo impacto financiero que implican las coberturas de las nuevas tecnologías sanitarias.

Esta tensión, fundamentada en el Bloque de Constitucionalidad Federal (arts. 42 y 75 inc. 22 CN; Observación General N°14, Comité DESC), obliga a buscar mecanismos de gestión que concilien el acceso con la racionalidad económica.

Por lo tanto, el desafío es buscar soluciones alternativas y eficaces poniendo el foco en los pacientes. En este marco, los Acuerdos de Riesgo Compartido (ARC) se presentan como una solución sofisticada, permitiendo alinear el precio de un medicamento con su valor terapéutico real.

Para abordar esta problemática, el presente artículo se estructura de la siguiente manera:

En primer lugar, se delimitará el marco conceptual de los Acuerdos de Riesgo Compartido (ARC) y se evidenciará su atipicidad y la ausencia de un marco normativo específico en Argentina.

En segundo lugar, se analizarán dos casos paradigmáticos que exponen las dos caras del problema: el ARC implementado para Zolgensma, como modelo de acuerdo basado en resultados, y la judicialización en torno a Risdiplam, como consecuencia de la falta de estándares.

En tercer lugar, se analizará la posición del paciente como sujeto central y vulnerable del acuerdo, identificando los riesgos en materia de protección de datos y consentimiento informado.

Finalmente, a partir de este diagnóstico, se formulará una propuesta de modelo regulatorio híbrido, delineando sus pilares fundamentales para garantizar la seguridad jurídica, la equidad en el acceso y la protección de los derechos del paciente.

II. Acuerdo de riesgo compartido. el marco conceptual, el vacío legal en Argentina y algunas experiencias en el derecho comparado

Los ARC son contratos atípicos donde el financiador (público o privado) y la compañía farmacéutica o laboratorio acuerdan compartir el riesgo sobre la incertidumbre del desempeño de una nueva tecnología sanitaria.

Un ARC puede definirse como un contrato individual entre un fabricante y un financiador (público o privado), en virtud del cual los ingresos del primero dependerán tanto de las unidades vendidas como de la consecución de una serie de objetivos previamente acordados, ya sea en términos de efectividad, eficiencia o impacto presupuestario (Puig-Junoy & Meneu, 2005; espín et al., 2010; Servicio Murciano de Salud y Universidad de Murcia, 2010). Por lo tanto, estos acuerdos distribuyen los riesgos inherentes a la introducción de una innovación sanitaria entre el financiador y el fabricante.

En Argentina, los ARC no están regulados y hay pocos antecedentes de su implementación (Ibarzabal, 2020). No obstante, los ARC, desde una perspectiva legal argentina, se clasificarían como un contrato bilateral en los términos del artículo 966 del Código Civil y Comercial argentino (CCyC), ya que las partes se obligan recíprocamente (Ibarzabal, 2020).

Existen dos grandes categorías de ARC:

- Acuerdos Financieros: Basados en el volumen o costo (ej. descuentos, topes de gasto) (Amaris Caruso, 2022).
- Acuerdos Basados en Resultados de Salud: El pago está condicionado a la obtención de metas clínicas (*endpoints*) predefinidas y medibles en el paciente (Amaris Caruso, 2022). Dentro de esta categoría, se encuentran los acuerdos de "cobertura condicional" o "reembolso vinculado a resultados" (Ibarzabal, 2020).

El vacío legal argentino contrasta marcadamente con la experiencia de otros países que, si bien enfrentan las mismas tensiones financieras, han optado por institucionalizar los ARC mediante marcos regulatorios explícitos. Este análisis comparado es esencial para demostrar la viabilidad y la necesidad de la regulación.

Algunos ejemplos más desarrollados se encuentran en Europa:

Italia: Es quizás el caso más paradigmático de regulación centralizada. La Agenzia Italiana del Farmaco (AIFA) gestiona un sistema de Registros de Monitoreo (Registri di Monitoraggio) obligatorios para las terapias innovadoras sujetas a ARC. Estos registros, que operan sobre una plataforma digital nacional, recolectan datos de resultados clínicos en tiempo real. El modelo italiano es un claro ejemplo de "pago por resultados" (payment by results) y "cobertura condicional" (coverage with evidence development), donde el Estado ha asumido un rol de rectorado directo para garantizar que los datos recopilados sirvan efectivamente para condicionar el pago (Gini et al., 2020). Esta estructura es la an-

títesis del vacío normativo argentino y se alinea con la propuesta de un registro nacional.

Reino Unido: A través del National Institute for Health and Care Excellence (NICE), el Reino Unido implementa los denominados "Patient Access Schemes" (PAS), que frecuentemente adoptan la forma de ARC financieros o basados en resultados. Aunque muchos detalles permanecen confidenciales, la existencia de un organismo técnico central (NICE) que evalúa la costo-efectividad y negocia estos esquemas como condición para la inclusión en el National Health Service (NHS) proporciona un marco institucional claro (Sorenson, 2010).

España: La experiencia es más descentralizada y se articula a nivel de las Comunidades Autónomas, aunque con lineamientos nacionales. Se han implementado diversos modelos de "acuerdos de pago por resultados" y "techos de gasto", demostrando flexibilidad, aunque esta misma descentralización ha sido señalada como una fuente de inequidad territorial (García-Lorenzo & Prieto-Pinto, 2019).

Estas experiencias, si bien no exentas de desafíos —particularmente en la complejidad administrativa de la recolección de datos y la medición de los endpoints—, demuestran una tendencia regulatoria inequívoca. Los países con sistemas sanitarios avanzados no han dejado los ARC librados a la atipicidad contractual; por el contrario, han construido arquitecturas institucionales para gestionarlos. Esto refuerza la tesis central de este trabajo: la regulación no es una opción, sino una necesidad para garantizar un acceso equitativo y sostenible.

III. Análisis de casos: Zolgensma® y Risdiplam® como caras de la misma moneda:

1. Caso Zolgensma®: El paradigma del pago por resultados y la confidencialidad

En septiembre de 2025, se firmó la ratificación de un acuerdo de riesgo compartido del año 2023, entre PAMI y Novartis para Zolgensma®, la terapia génica de costo millonario. Es el principal exponente de un ARC basado en resultados en Argentina, país que se consolida como referente regional en la compra de terapias de alto costo a través de acuerdos innovadores basados en evidencia científica y transparencia, evitando que las familias recurran a la justicia.

La Comisión Nacional para Pacientes con Atrofia Muscular Espinal (CONAME) se encarga de evaluar si los pacientes cumplen con los criterios requeridos para acceder al tratamiento, independientemente del tipo de cobertura.

Contexto de la Evidencia Técnica Sanitaria (ETS): El informe de Evaluación de Tecnologías Sanitarias (ETS) de CONETEC sobre Zolgensma (2021) se realizó debido al elevado costo unitario y la evidencia clínica escasa y en construcción tras su aprobación acelerada por agencias reguladoras de otros países. La evaluación de CONETEC se centró en la mensuración de la evidencia clínica y económica disponible, además de un Análisis de Impacto Presupuestario (CONETEC, 2021). Un informe del Institute for Clinical and Economic Review (ICER, por sus siglas en inglés) de 2019, que evaluó Zolgensma® y Spinraza® en AME, concluyó que existían grandes limitaciones en la evidencia clínica, como la falta de datos de eficacia y seguridad a largo plazo, y el diseño de estudios abiertos y no controlados para Zolgensma® (Institute for Clinical and Economic Review, 2019; Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC), 2021).

El acuerdo alcanzado entre el PAMI y el laboratorio Novartis representa un hito en la gestión de terapias de ultra alto costo en el país. Su "éxito", desde la perspectiva del acceso y la gestión, no radica simplemente en haber provisto la medicación, sino en haber logrado neutralizar la vía del amparo judicial como ruta principal de acceso.

Este resultado fue posible gracias a la articulación de un canal técnico-administrativo que, de facto, suplió la ausencia de un marco regulatorio para los ARC. La clave de este proceso fue la intervención de la Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC), la cual, a través de sus informes técnicos, estableció criterios de elegibilidad objetivos y rigurosos para los pacientes candidatos al tratamiento. Estos criterios, basados en evidencia científica (tipo de AME, edad, peso, estado clínico, etc.), dotaron al proceso de selección de una racionalidad y previsibilidad que eliminó el principal factor desencadenante de la litigación en salud: la negativa "manifiestamente arbitraria o ilegal" por parte del financiador.

Al existir un procedimiento claro y centralizado, las familias de los pacientes contaron con un horizonte de previsibilidad. La decisión sobre la cobertura dejó de ser un acto discrecional del financiador para convertirse en la aplicación de un estándar técnico público. Así, el ARC por Zolgensma® funcionó porque creó una regla objetiva que, si bien no estaba contenida en una ley, sí emanaba de la autoridad sanitaria competente, desincentivando el recurso a la vía judicial.

No obstante, este éxito coyuntural esconde un riesgo sistémico latente. Si bien en este caso concreto el acceso fue garantizado sin litigio, la confidencialidad inherente al acuerdo y la falta de un marco legal explícito impiden una auditoría pública sobre aspectos cruciales como la protección de los datos de salud de los niños y niñas tratados.

Nos preguntamos ¿Bajo qué estándares de seguridad se gestionó su información clínica? ¿Qué tipo de consentimiento prestaron sus representantes legales para el uso de esos datos como métrica de un contrato financiero? No lo sabemos porque no hay acceso público a dicho ARC.

La ausencia de una regulación implica que la protección de estos derechos fundamentales quedó supeditada a la buena fe contractual de las partes (financiador y laboratorio), y no a una obligación legal exigible y fiscalizable por el Estado. El éxito en el acceso no debe opacar la vulnerabilidad sistémica en materia de derechos.

2. Caso Risdiplam®: El conflicto de la judicialización y la falta de estándares

El caso Risdiplam® demuestra que, sin un marco regulatorio que establezca criterios técnicos claros, el sistema responde de forma reactiva y desigual. La necesidad de estos acuerdos se relaciona con la búsqueda de mecanismos que permitan a los financiadores y compañías farmacéuticas disminuir el impacto presupuestario al limitar la incertidumbre sobre la tecnología (Gilabert Perramón, 2015).

Este fenómeno de la judicialización se está abordando en Argentina mediante la creación del Consejo de Asistencia Técnica para Procesos Judiciales de Salud (CATPROS), que busca brindar asesoramiento técnico al Poder Judicial de la Nación y a las jurisdicciones locales para reclamos relacionados con tratamientos médicos o coberturas de medica-

mentos en el marco de las enfermedades poco frecuentes (Parra Senfet, et al 2023).

La Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías Sanitarias y Excelencia Clínica (CONETEC), en su informe de 2023, evaluó el uso de Risdiplam y recomendó NO CUBRIR el medicamento, ya sea en monoterapia o combinado con Nusinersen y/o Onasemnogene abeparvovec, en personas con diagnóstico de AME tipos I, II, III y IV. Esta recomendación se basó en el impacto económico No favorable (CONETEC, 2023). En este contexto de rechazo técnico oficial, los jueces son compelidos a decidir.

Ante la recomendación de CONETEC de no cobertura de Risdiplam® (basado únicamente en aspectos financieros) y la falta de estándares unificados, las decisiones de los financiadores (como APROSS en la Provincia de Córdoba) y de los jueces carecen de un parámetro técnico-legal objetivo, generando incertidumbre y fallos contradictorios.

A modo de ejemplo, traigo a este análisis a dos causas judiciales con criterios disímiles de resolución:

En uno de ellos (H., M. A. c/ APROSS²), el tribunal de grado ordenó la cobertura de Risdiplam a un paciente de 40 años con AME Tipo III, pese a que la auditoría de APROSS sostuvo que los estudios pivotaes (SUNFISH, JEWELFISH) se realizaron en pacientes de 2 a 25 años, argumentando la falta de evidencia a largo plazo de su efectividad en el perfil del actor; aunque lo relevante para este estudio es que la resolución judicial impuso a los médicos tratantes la obligación de establecer un programa de seguimiento que fijara pautas de respuesta al tratamiento y criterios generales y particulares de suspensión de la cobertura.

Esto es una manifestación judicial de la necesidad de un Acuerdo de Riesgo Compartido en ausencia de regulación.

En otro caso, (V., C. R c/ APROS³), el tribunal rechazó la acción de amparo para cubrir Risdiplam para un paciente de 33 años con AME. La decisión se basó en que, debido al acotado margen de debate y prueba del amparo, y al estar controvertidos varios aspectos técnicos, no se constató la lesión constitucional ni la ilegalidad manifiesta. El tribunal señaló que la existencia de alternativas terapéuticas (como Nusinersen) excluía la posibilidad de acreditar la "manifiesta" indispensabilidad del Risdiplam.

Esta dualidad de fallos opuestos ilustra la inestabilidad y la arbitrariedad potencial que genera la falta de un estándar técnico-legal único, y con ello se subraya la necesidad de regular los acuerdos de riesgo compartido como una solución al caso concreto. La regulación de los ARC no busca impedir el acceso a la justicia, sino racionalizar el acceso a las tecnologías sanitarias para que el recurso a la justicia sea la verdadera última ratio del sistema.

Recordemos que previo a solicitar la cobertura de una medicación, en este caso Risdiplam, el paciente fue sometido a estudios varios que convencieron al médico tratante de que dicha medicación es la adecuada para la dolencia del paciente. Los jueces no tienen facultades para discutir el criterio médico, salvo que su decisión se base en una pericia médica de la misma especialidad.

2 CCA N°3 Cba, Sentencia 49 del 7-9-2023, Expte 11915159

3 CCA N° 1 Cba-Sentencia N° 204, del 19/11/2024 en Expte. 12852995.

Volviendo a los dos casos expuestos, consideramos que se podría haber utilizado los ARC como herramienta para solucionar el conflicto concreto del paciente (la falta de cobertura) condicionando la cobertura o pago al laboratorio, a la obtención de metas clínicas predefinidas y medibles en el paciente, quien deberá tener un seguimiento evolutivo de su médico tratante.

IV. El paciente: sujeto central y vulnerable del acuerdo

En la arquitectura de un Acuerdo de Riesgo Compartido, el paciente ocupa una posición paradójica. No es parte del contrato comercial celebrado entre el financiador y el laboratorio, pero es su sujeto central e indispensable. Es decir, materialmente es el sujeto principal sobre el cual pivota toda la estructura.

El motor de un ARC es la recolección y análisis de datos clínicos del paciente, generando una tensión directa con derechos fundamentales. El ARC exige que los sistemas de registro de pacientes y los programas informáticos sean potentes y sofisticados para facilitar la recogida y seguimiento de la información sobre los resultados de salud (Gilabert, 2009). Sus datos clínicos, la evolución de su patología y su respuesta (o no) al tratamiento constituyen la "materia prima" que determina el cumplimiento de las obligaciones financieras del acuerdo. Esta centralidad, en un contexto de vacío legal, genera una profunda tensión con derechos personalísimos, fundamentalmente el derecho a la protección de datos de salud y a la autodeterminación informativa.

1. El Riesgo en la Gobernanza de Datos

Una objeción recurrente al plantear los riesgos de los ARC para la privacidad del paciente es que estos pueden ser mitigados eficazmente mediante salvaguardas tecnológicas, como la disociación de datos (anonimización o seudonimización). Desde una perspectiva puramente técnica, la objeción es válida: si la información clínica se desvincula de la identidad del paciente, el riesgo de una vulneración directa de su intimidad disminuye considerablemente.

Sin embargo, este argumento omite el problema jurídico de fondo. El riesgo principal no reside en la imposibilidad de proteger los datos, sino en la inexistencia de una obligación legal que compela a las partes del acuerdo a implementar dichas salvaguardas de manera estandarizada, auditable y exigible. En el actual marco de atipicidad contractual, la aplicación de técnicas de disociación de datos queda librada a la autorregulación y a la buena fe de las partes, sin que exista una autoridad de control que verifique la robustez de los procesos ni un estándar legal que defina qué constituye una "buena disociación". El problema, por tanto, no es la herramienta (el ARC), sino su implementación en un vacío normativo. La Ley de Protección de Datos Personales N° 25.326 establece un marco general y califica a los datos referidos a la salud como "datos sensibles" (Ross, 2023), pero no contempla las especificidades del tratamiento de datos de salud para fines secundarios de evaluación contractual-financiera.

La recolección y tratamiento de datos sensibles sólo es lícita cuando median razones de interés general autorizadas por ley, o con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares (Ley 25.326, 2000). Los datos genéticos y cualquier información sobre el estado de salud física o mental (pasado, presente o futuro), incluida la procedente de datos genéticos y muestras biológicas, se consideran datos personales relativos a la salud (Parlamento Europeo y del Consejo, 2016). Se recomienda que el uso de datos en salud se prohíba para fines discriminatorios (Aizenberg, 2021).

Consideramos relevante la regulación de los ARC ya que implican una transferencia y un procesamiento de datos sensibles que exceden la finalidad asistencial original, y el marco actual no prevé los mecanismos de control específicos que una operación de tal magnitud y sensibilidad requiere.

2. Insuficiencia del Consentimiento Informado Tradicional

El pilar de la relación médico-paciente y del tratamiento de datos de salud es el consentimiento informado, regulado en la Ley 26.529 de Derechos del Paciente y art. 59 CCCN. Sin embargo, el consentimiento prestado en el marco de la práctica asistencial es manifiestamente insuficiente para legitimar el uso de los datos del paciente dentro de un ARC. El consentimiento informado tradicional tiene una finalidad exclusivamente terapéutica. El paciente autoriza al equipo de salud a realizar prácticas y a registrar información con el objetivo de diagnosticar, tratar y monitorear su condición de salud, pero no legitima el uso de sus datos para un fin secundario contractual-financiero.

En un ARC, sus datos son utilizados para un propósito secundario y distinto: servir como evidencia para la ejecución de un contrato comercial. Este fin secundario, por más que sea un medio para posibilitar el acceso al tratamiento, no está cubierto por el consentimiento asistencial estándar.

En el ámbito de la investigación, el consentimiento debe ser esclarecido, que es una exigencia excluyente para la comprensión de los riesgos y beneficios de ser participante, y la palabra digital califica la nueva modalidad de las tecnologías informáticas y telemáticas que intervienen en el diseño, modelado y recolección de datos (Iñigo Petralanda, 2023). Según las pautas éticas internacionales, cuando se recolectan y almacenan materiales biológicos y datos relacionados (como los registros de salud), las instituciones deben tener un sistema de gobernanza para solicitar autorización para el uso futuro en una investigación (CIOMS & OPS, 2016). Los investigadores no deben afectar negativamente los derechos y el bienestar de las personas de quienes se obtuvieron esos materiales (CIOMS & OPS, 2016). Además, la revisión de los protocolos de investigación debe incluir la revelación de los intereses encontrados de los investigadores (OMS & OPS, 2012).

Sostener que el consentimiento informado implícitamente autoriza este segundo uso, constituye una desnaturalización de la figura, violando el principio de finalidad establecido en la normativa de protección de datos. Por ello, se torna imperativo el desarrollo de un instrumento jurídico adicional: un "Consentimiento Informado Específico para la Participación en Acuerdos Basados en Resultados".

Este consentimiento específico debería ser un documento autónomo, redactado en un lenguaje claro y comprensible, y validado por comités de ética. Su contenido mínimo obligatorio debería incluir, entre otros puntos:

- Finalidad Explícita: Informar inequívocamente al paciente o a su representante legal que sus datos clínicos serán utilizados para evaluar la eficacia del tratamiento en el marco de un acuerdo financiero entre el financiador y el laboratorio.
- Actores Involucrados: Detallar qué entidades (financiador, laboratorio, auditores externos, etc.) tendrán acceso a la información y con qué alcance.
- Tipo de Datos: Especificar qué datos concretos serán recolectados y procesados.
- Medidas de Seguridad: Explicar las técnicas de seudonimización o anonimización

que se utilizarán para proteger su identidad.

- Plazo de Conservación: Definir por cuánto tiempo se conservarán los datos para los fines del acuerdo.

- Derechos del Paciente: Garantizar explícitamente el derecho a revocar el consentimiento para este fin secundario en cualquier momento, sin que ello perjudique la continuidad de su tratamiento si este resulta clínicamente beneficioso.

En definitiva, la protección del paciente en el contexto de los ARC no se agota en la implementación de barreras técnicas. Exige, fundamentalmente, la construcción de un andamiaje jurídico que reconozca y regule esta nueva realidad, asegurando que su participación sea el resultado de un acto de autodeterminación genuino, informado y específico.

V. Lineamientos para para un modelo regulatorio híbrido de los ARC en Argentina

El diagnóstico de los casos analizados demuestra que la gestión de terapias de alto costo no puede quedar librada a la casuística contractual ni a la litigación individual. Se requiere una intervención regulatoria que brinde seguridad jurídica, previsibilidad y protección a todas las partes, en especial al paciente. Lejos de proponer una regulación maximalista que ahogue la innovación, se postula la adopción de un modelo regulatorio híbrido: una arquitectura legal que combine la flexibilidad contractual propia de los ARC con un conjunto de reglas de orden público inderogables, destinadas a garantizar la transparencia, la equidad y la protección de los derechos fundamentales.

A continuación, se delinearán los cuatro pilares fundamentales de esta propuesta regulatoria:

1. Pilar I: Gobernanza Centralizada y Autoridad de Aplicación

La dispersión actual del sistema de salud exige un rectorado claro. Se propone designar a la Superintendencia de Servicios de la Salud (SSS) como la Autoridad de Aplicación en materia de ARC, en virtud de su rol de contralor de los Agentes del Seguro de Salud (Leyes 23.660 y 23.661). Su función no sería la de negociar los acuerdos, sino la de fiscalizar que estos cumplan con los requisitos mínimos establecidos por la nueva regulación.

Para ello, se deberá crear un Registro Nacional de Acuerdos de Riesgo Compartido, de carácter público. Este registro, gestionado por la SSS, deberá transparentar, como mínimo:

- La tecnología sanitaria objeto del acuerdo.
- Los criterios de elegibilidad de pacientes.
- Las metas clínicas (*endpoints*) acordadas.
- La duración del acuerdo.
- Resultados agregados y anonimizados una vez finalizado el acuerdo.

La confidencialidad de los aspectos puramente comerciales (precios, descuentos) puede ser resguardada, pero la dimensión sanitaria del acuerdo debe ser pública para permitir el escrutinio académico y social, y para servir de guía a otros financiadores.

2. Pilar II: Contenido Mínimo Obligatorio del Contrato

La libertad contractual debe tener un piso mínimo inderogable. La regulación deberá establecer que todo ARC celebrado en Argentina, para ser válido, debe contener cláusulas explícitas sobre los siguientes puntos:

- Criterios de Elegibilidad de Pacientes: Definidos con base en las recomendaciones de organismos técnicos como la CONETEC, para asegurar una base científica y evitar la discrecionalidad.
- Metas Clínicas (Endpoints) Objetivas: Especificación clara de los resultados de salud que se medirán, cómo se medirán y en qué plazos.
- Mecanismo de Pago/Reembolso: Detalle del esquema financiero condicionado al cumplimiento de las metas.
- Criterios de Suspensión y/o Discontinuación: Definición de las causas objetivas (falta de eficacia, eventos adversos intolerables) por las cuales un paciente podría salir del esquema de cobertura del ARC.
- Garantía de Continuidad del Tratamiento: Cláusula de orden público que asegure que todo paciente que demuestre una respuesta clínica positiva al tratamiento continuará recibiendo por cuenta del financiador, aun después de que el ARC haya finalizado. Esto es crucial para proteger al paciente de un abandono de tratamiento una vez concluido el acuerdo.

3. Pilar III: Gobernanza de Datos y Consentimiento Específico

Para dar respuesta a los riesgos, la regulación debe crear un marco de protección de datos robusto y específico para los ARC. Sugerimos:

- Estándares de Interoperabilidad y Seguridad: Exigir que la recolección y transferencia de datos clínicos para los ARC se realice sobre plataformas digitales que cumplan con estándares mínimos de seguridad (ej. encriptación) e interoperabilidad (ej. HL7), fiscalizados por la ANMAT en su rol de regulador de productos médicos y tecnologías sanitarias. Para que los ARC basados en resultados sean viables, se necesita una mayor digitalización y recolección de datos (Rojas García & Antoñanzas Villar, 2018). La implementación de sistemas de información que permitan un intercambio eficaz y preciso de datos requiere la adopción de estándares en telemedicina (OPS, 2016). Un estándar ampliamente utilizado es HL7 v2.x para la comunicación de datos entre sistemas de información en salud, incluyendo ingresos, altas o transferencias, y el HL7 Clinical Document Architecture (CDA), que especifica la estructura y semántica de documentos clínicos (Organización Panamericana de la Salud, 2016). En Argentina existen experiencias de implementación de CDA, por ejemplo, para la comunicación de la historia clínica electrónica con entidades financiadoras.
- Regulación de Tecnología Sanitaria Digital: La ANMAT se ha comprometido a regular dispositivos, promover la transparencia y la protección de datos en el uso responsable de la Inteligencia Artificial (IA) y el Machine Learning (ML) (ANMAT, 2023). Las pautas de ANMAT sobre Software como Dispositivo Médico (SaMD/MLMD) exigen una Gestión de Riesgos y un Plan de desarrollo y mantenimiento del software para el registro (ANMAT, 2023).
- Consentimiento Informado Específico: Establecer la obligatoriedad de un "Consentimiento Informado para la Participación en Acuerdos Basados en Resultados", como documento autónomo y adicional al consentimiento médico asistencial. Su contenido mínimo será definido por la Autoridad de Aplicación y su firma será condición necesaria para incluir a un paciente en el acuerdo.
- Supervisión Ética: Determinar que el protocolo del ARC y el modelo de consentimiento específico deberán ser sometidos a la revisión y aprobación de un Comité de Ética en Investigación independiente. La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha publicado guías de pautas y lineamientos para los Comités de Ética en Investigación

(CEI), con el objetivo de orientar su constitución, acreditación y elaboración de procedimientos operativos estandarizados. Estos comités deben operar con independencia para evitar conflictos de interés y asegurar una revisión objetiva (Iñigo Petralanda, 2023). Estos principios éticos, considerados universales, deben aplicarse en la revisión ética de los protocolos de investigación (CIOMS & OPS, 2016).

- La Organización Mundial de la Salud (OMS) ha publicado guías de pautas y lineamientos para los Comités de Ética en Investigación (CEI), con el objetivo de orientar su constitución, acreditación y elaboración de procedimientos operativos estandarizados. Estos comités deben operar con independencia para evitar conflictos de interés y asegurar una revisión objetiva (Iñigo Petralanda, 2023). Estos principios éticos, considerados universales, deben aplicarse en la revisión ética de los protocolos de investigación (CIOMS & OPS, 2016).

4. Pilar IV: Articulación Institucional y Distribución de Roles.

El éxito del modelo depende de una clara distribución de responsabilidades, articulando las capacidades ya existentes en el sistema. Sugerimos:

- CONETEC/Ministerio de Salud: Actuarán como brazo técnico, emitiendo las recomendaciones sobre la eficacia e indicaciones de las nuevas tecnologías, y proponiendo las metas clínicamente relevantes que servirán de base para los ARC.
- ANMAT: Fiscalizará la seguridad y la calidad de las plataformas tecnológicas y dispositivos utilizados para la recolección y el monitoreo de los datos de los pacientes.
- Superintendencia de Servicios de la Salud (SSS): Cumplirá el rol de Autoridad de Aplicación, gestionando el Registro, fiscalizando el cumplimiento de los contenidos mínimos y aplicando sanciones en caso de incumplimiento.
- Comités de Ética en Investigación: Protegerán al sujeto vulnerable, asegurando la idoneidad del proceso de consentimiento y la ponderación de los riesgos y beneficios para el paciente

VI. Conclusiones

La disyuntiva entre el acceso a la innovación y la sostenibilidad financiera no puede resolverse perpetuando un vacío legal que genera inequidad y judicialización. Los Acuerdos de Riesgo Compartido son una herramienta de gestión con un enorme potencial, pero su implementación requiere de un marco normativo que les brinde legitimidad, previsibilidad y, sobre todo, que coloque al paciente y la protección de sus derechos en el centro de la ecuación.

El modelo regulatorio híbrido aquí propuesto no busca crear una burocracia paralizante, sino establecer "reglas de juego" claras que permitan encauzar la innovación contractual de forma segura y equitativa. Al definir roles institucionales, exigir contenidos mínimos, crear un registro para la transparencia y diseñar un sistema de consentimiento específico, se sientan las bases para una regulación inteligente. Una regulación que, en lugar de prohibir o ignorar, ordene y potencie, transformando una solución casuística y riesgosa en una política de Estado para el acceso sostenible a las tecnologías sanitarias de alto costo.

Los Acuerdos de Riesgo Compartido son una herramienta indispensable, pero su implementación actual en Argentina, marcada por un profundo vacío legal, es insostenible y

peligrosa. La adopción de un modelo regulatorio híbrido, con un énfasis explícito en el consentimiento informado, la gobernanza de datos y la garantía de continuidad terapéutica, es el único camino para que los ARC se conviertan en una política de Estado legítima, ética y verdaderamente al servicio del derecho a la salud.

Referencias bibliográficas

- Aizenberg, M. (2021). *Recomendaciones para el uso de datos en salud*. Observatorio de Salud, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.
- Aizenberg, M. (2022). *Marco normativo de telemedicina: Estado actual y tareas pendientes*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- Amaris Caruso, A. (2022). Acuerdos de Acceso Administrado, ¿Qué son y dónde están implementados en la región?
- Carnicero, J., & Serra, P. (2020). *Gobernanza de la salud digital: El arte de la transformación de los sistemas de salud*. Banco Interamericano de Desarrollo.
- CIOMS, & Organización Panamericana de la Salud (OPS). (2016). *Pautas éticas internacionales para la investigación relacionada con la salud con seres humanos* (Cuarta Edición). Consejo de Organizaciones Internacionales de las Ciencias Médicas.
- Comisión Nacional de Evaluación de Tecnologías de Salud (CONETEC). (2021). *Onasemnogene abeparvovec (Zolgensma®) en atrofia muscular espinal* (Informe de Evaluación de Tecnologías Sanitarias N°1). Ministerio de Salud.
- Cornelio, O. M., & Pérez, D. W. (2023). HL7 un estándar de interoperabilidad en salud: Revisión sistemática de la literatura. *Revista Cubana de Informática Médica*, 15(2), e627.
- Espin, J., Oliva, J., & Rodríguez-Barrios, J. M. (2010). Esquemas innovadores de mejora del acceso al mercado de nuevas tecnologías: los acuerdos de riesgo compartido. *Gaceta Sanitaria*, 24(6), 515–520.
- García-Lorenzo, B., & Prieto-Pinto, L. (2019). Modelos de financiación de medicamentos basados en el valor: acuerdos de riesgo compartido en España. *Farmacia Hospitalaria*, 43(3), 97-103. <https://doi.org/10.7399/fh.11210>
- Gilabert Perramón, A., Puig Junoy, J., Puig-Peiró, R., Segú-Tolsa, C., Gasol-Boncompte, M., Mora-Ripol, R., Brosa, M., & Clopez, A. (2015). Instrumentos para la incorporación de la evaluación económica, el impacto presupuestario y los esquemas de pago por resultados en el Servicio Catalán de Salud (España). *Value in Health*, 18(7), A494.
- Gini, R., Martin, S., B-Lajoie, W., D'Errigo, P., & Trotta, F. (2020). Italy's experience with managed entry agreements: translating real-world data into real-world evidence. *ADIS Journals*, 23(12), 1227-1234. <https://doi.org/10.1007/s40273-020-00958-4>
- Ibarzabal, T. J. (2020). *Financiamiento de la salud: acuerdos de riesgo compartido en la industria farmacéutica* [Tesis de maestría, Universidad de San Andrés]. Repositorio Digital San Andrés.
- INSTITUTE FOR CLINICAL AND ECONOMIC REVIEW (2019). *Spinraza® and Zolgensma® for Spinal Muscular Atrophy: Effectiveness and Value* (Final Evidence Report).
- Iñigo Petralanda, M. I. (2023). *Consentimiento informado, esclarecido y digital en investigación (CIED)*. Instituto de Bioética, Universidad Católica Argentina.
- Iñigo Petralanda, M. I. (2023). Marco Regulatorio de la Valoración Ética en la Era de las Tecnologías Modeladas por Datos. En A. J. Roitman (Ed.), *Ética en Investigación: Nuevos desafíos ¿Viejos dilemas?*. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, Ministerio de Salud,

Dirección General de Docencia, Investigación y Desarrollo Profesional.

- ORGANIZACION PANAMERICANA DE SALUD (OPS). (2016). *Interoperabilidad y estándares en eSalud*. OPS.
- ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD (OMS), & ORGANIZACION PANAMERICANA DE SALUD (OPS). (2012). *Pautas y orientación operativa para la revisión ética de la investigación en salud con seres humanos* (2da ed.). OPS.
- Parra Senfet, S. M. (2023). El Consejo de Asistencia Técnica para Procesos Judiciales de Salud (CATPROS): interrogantes en torno a su implementación. *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*.
- Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea. (2016). Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). Diario Oficial de la Unión Europea, L 119/1.
- Puig-Junoy, J., & Meneu, R. (2005). Aplicación de los contratos de riesgo compartido a la financiación de nuevos medicamentos. *Gestión Clínica y Sanitaria*, 7(3), 88–94.
- Rojas Garcia, P., & Antorñanzas Villar, F. (2018). Los contratos de riesgo compartido en el sistema nacional de salud: Percepciones de los profesionales sanitarios. *Revista Española de Salud Pública*, 92, e1-e20.
- Ross, Z. (2023). Protección de las infancias en entornos digitales: Sobre la necesidad de adaptar las normas para el efectivo goce de los derechos. *Derecho, Innovación & Desarrollo Sustentable*.
- Servicio Murciano de Salud y Universidad de Murcia (2010). *Evidencia de los acuerdos de riesgo compartido como fórmula de cobertura de nuevas tecnologías sanitarias*.
- Sorenson, C. (2010). Use of patient access schemes for pharmaceuticals in the UK. *International Journal of Technology Assessment in Health Care*, 26(3), 345-350. <https://doi.org/10.1017/s026646231000033x>

Entre solidariedade e objetificação: o direito à integridade corporal do bebê medicamento

Between solidarity and objectification: the right to bodily integrity of the Savior Sibling.

Amanda Batistella de Oliveira¹; Ana Beatriz Pacheco²; Sthéfano Divino³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)54](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)54)

Fecha de envío: 16.10.2025

Fecha de aceptación: 15.12.2025

RESUMO:

O presente trabalho tem como problema de pesquisa o seguinte questionamento: quais os dilemas éticos e jurídicos para a concepção e posterior proteção à integridade corporal do *Savior Sibling*? Para tanto, a primeira seção delimita o sentido de DGPI, juntamente com a exposição da concepção do bebê medicamento enquanto exercício do livre planejamento familiar. Em seguida, a segunda seção analisa as problemáticas éticas e as possíveis violações da integridade corporal desses indivíduos, contrapondo-se aos argumentos apresentados anteriormente, com fundamento no sistema jurídico brasileiro. Por fim, a terceira seção se incumbe de identificar o alcance da atual legislação sobre o tema. Como resultados, tem-se que a ausência de leis específicas e a insuficiência de dados conferem aos bebês medicamentos a condição análoga ao objeto da relação jurídica, além das poucas decisões judiciais os instrumentalizar. Para atingir tais conclusões, o presente trabalho adotou uma investigação jurídico-dogmática, em conjunto com a revisão bibliográfica.

RESUMEN:

El presente trabajo plantea la siguiente pregunta como problema de investigación: ¿cuáles son los dilemas éticos y jurídicos para la concepción y posterior protección de la integridad corporal del Salvador Sibling? Para ello, la primera sección delimita el significado

1 Graduada em Direito pela Universidade Federal de Lavras. Integrante do PETI-Direito e do Laboratório de Bioética e Direito (LABB). amanda.batssoliveira@gmail.com. <https://orcid.org/0009-0005-2228-1223>.

2 Graduada em Direito na Universidade Federal de Lavras (UFLA) e Técnica em Informática pelo Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia de Minas Gerais. Bolsista de Iniciação Tecnológica e Industrial do CNPq - Nível A. <https://orcid.org/0009-0009-9065-7447>

3 Doutor e Mestre em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Professor Adjunto de Direito Civil do Curso de Direito da Universidade Federal de Lavras. sthefanodivino@ufla.br. <https://orcid.org/0000-0002-9037-0405>.

de DGPI, junto con la exposición del concepto del bebé medicamento como ejercicio de la libre planificación familiar. A continuación, la segunda sección analiza los problemas éticos y las posibles violaciones de la integridad corporal de estos individuos, contrarrestando los argumentos presentados anteriormente, basándose en el sistema jurídico brasileño. Por último, la tercera sección se encarga de identificar el alcance de la legislación actual sobre el tema. Como resultado, se observa que la ausencia de leyes específicas y la insuficiencia de datos confieren a los bebés medicamento una condición análoga a la de objeto de relación jurídica, además de las escasas decisiones judiciales que los instrumentalizan. Para llegar a estas conclusiones, el presente trabajo adoptó una investigación jurídico-dogmática, junto con una revisión bibliográfica.

ABSTRACT

This essay addresses the following research question: what are the ethical and legal dilemmas involved in the conception and subsequent protection of the bodily integrity of the Savior Sibling? To this end, the first section defines the meaning of DGPI, together with an explanation of the concept of the designer baby as an exercise in free family planning. Next, the second section analyzes the ethical issues and possible violations of the bodily integrity of these individuals, countering the arguments presented above, based on the Brazilian legal system. Finally, the third section identifies the scope of current legislation on the subject. As a result, the absence of specific laws and insufficient data give medicine babies a status analogous to that of an object in a legal relationship, in addition to the few court decisions that instrumentalize them. To reach these conclusions, this study adopted a legal-dogmatic investigation, together with a literature review.

PALAVRAS-CHAVE: Ética; Bebê Medicamento; Solidariedade

PALABRAS CLAVE: Ética; Bebé Medicamento; Solidaridad.

KEY WORDS: Ethics; Savior Sibling; Solidarity.

I. Introdução

O filme “Uma Prova de Amor” relata a história de Anna, uma criança concebida com um único propósito: doar medula e estender o tempo de vida de sua irmã mais velha Kate, que tem leucemia. Aos cinco anos, doou linfócitos. Aos seis anos, doou granulócitos. Aos treze anos, finalmente, questionou se deveria ou não doar seu rim. No filme, Kate estava com falência múltipla dos órgãos e poderia morrer se não recebesse a doação. Foram anos destinados a inúmeros procedimentos médicos para prolongar ou salvar a vida de outrem, o que justifica o termo criado para descrever esses indivíduos: os bebês medicamentos (*Savior Siblings*).

Esse cenário, representado pelo filme, suscita o tema-problema deste trabalho: quais os dilemas éticos e jurídicos para a concepção e posterior proteção à integridade corporal do bebê medicamento? O questionamento permeia, não apenas a ficção, mas a vida de diversas crianças que nasceram com essa finalidade. Embora não tenham sido encontradas estatísticas a respeito disso, algumas histórias foram amplamente divulgadas em jornais e revistas, como os de Maria Clara, no Brasil (G1, 2015) e Javier, na Espanha (G1, 2008).

Alguns países têm se atentado a essa questão e legislado sobre o assunto, ora restrin-

gindo, ora proibindo essa seleção genética. Alemanha, Suíça, Irlanda, Austrália e Áustria, por exemplo, são países em que o método de Diagnóstico Genético Pré-Implantacional (DGPI) não é permitido (Ferraz & Meirelles, 2021). Já na França e na Inglaterra, sua utilização é regulada a partir de prévio credenciamento das clínicas (Ferraz & Meirelles, 2021). Entretanto, no Brasil não há regulamentação específica. Por conseguinte, o suporte fático limita-se a debates doutrinários com a ausência de legislação formal, dados estatísticos e jurisprudência.

Dessa forma, o presente trabalho objetiva identificar as questões éticas e jurídicas, bem como discorrer acerca da necessidade de normatização da fertilização in vitro com DGPI. Para tanto, a primeira seção aborda e descreve essa técnica, que corresponde à seleção de embriões geneticamente compatíveis com o irmão acometido por doenças, como leucemia linfoblástica aguda, anemia de Fanconi (Pedro, 2020) ou talassemia major. Como resultado parcial, identificam-se os argumentos favoráveis ao seu uso, com base na bioética solidarista e no planejamento familiar.

Na segunda seção são discutidas as problemáticas éticas do DGPI, alertando-se para os riscos de eugenia. A terceira seção se incumbe de examinar os dilemas éticos específicos dos bebês medicamentos, incluindo a instrumentalização da vida. Aborda-se também a desproteção da integridade corporal dessas crianças em desconformidade com seu melhor interesse.

Por fim, a última seção é destinada à avaliação da lacuna legislativa existente e seus possíveis impactos na realidade brasileira. Como resultado parcial, tem-se que a mera autorização genérica do Conselho Federal de Medicina não é suficiente para garantir a tutela efetiva dessas crianças vulneráveis.

Para a metodologia, utiliza-se o método hermenêutico associado à técnica de pesquisa bibliográfica. Os buscadores utilizados foram: *Savior Sibling*; bebês medicamentos; DGPI e solidariedade familiar. As plataformas de busca foram o *Scielo* e o *Google Acadêmico*. Como critério de seleção, optou-se por artigos acadêmicos e livros especializados. Além disso, foram consultadas legislações e a Resolução do Conselho Federal de Medicina. Os artigos foram selecionados sem limitação temporal, considerando que o tema é pouco discutido atualmente e envolve questões fundamentais de ética e moral. Foram incluídos artigos em diversos idiomas, como inglês, espanhol e português. Por fim, realizou-se uma breve pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo utilizando os buscadores *transplante de medula óssea* e *incapaz*. Ressalva-se que os resultados encontrados são escassos e limitados, especialmente em razão do sigilo dos atos processuais que envolvem crianças e adolescentes⁴. Portanto, não se pode afirmar pela inexistência dos casos, mas apenas pela dificuldade de encontrá-los em razão da proteção dos vulneráveis.

II. Um apelo solidarista: o irmão nascido para salvar

A obra cinematográfica, *Uma Prova de Amor*, inicia-se com a célebre frase: “A maioria dos bebês vem por acidente. Não eu. Eu fui projetada para salvar a vida da minha irmã” (sem o grifo original). Tal circunstância ultrapassa a ficção e reflete a realidade daqueles sujeitos

4 Art. 189 do CPC “Os atos processuais são públicos, todavia tramitam em segredo de justiça os processos: [...] II - que versem sobre casamento, separação de corpos, divórcio, separação, união estável, filiação, alimentos e guarda de crianças e adolescentes; [...]”

que foram concebidos com esse mesmo propósito: o de salvar outrem (Ferraz & Meirelles, 2021). Essas pessoas são chamadas de irmãos salvadores ou *bebês medicamentos* (em inglês, *Savior Siblings*).⁵

As nomenclaturas espelham vieses (Schaefer, 2024). Em discursos solidaristas opta-se por irmãos salvadores, ao passo que *bebês medicamentos* ressalta a crítica feita à objetificação desses sujeitos (Schaefer, 2024). Assim, apesar de o procedimento e o contexto serem iguais, finalidade pode-se distinguir em dois posicionamentos: i) aqueles que defendem a concepção embasado no livre planejamento familiar e na bioética solidarista e; ii) aqueles que alertam aos efeitos éticos e violações da integridade física dessa criança. O presente trabalho adota o termo bebê medicamento, em consonância com o segundo posicionamento.

O bebê medicamento é concebido a partir de técnicas de reprodução humana assistida, sobretudo, a fertilização *in vitro* com diagnóstico genético pré-implantação (DGPI), a fim de determinar a compatibilidade de Antígeno Leucocitário Humano (HLA) (Pedro, 2020). O propósito consiste em gerar um doador compatível para posteriores transplantes de medula óssea ou, até mesmo, órgãos para aqueles que são acometidos por doenças terminais, como leucemia linfoblástica aguda, anemia de Fanconi (Pedro, 2020) ou talassemia major.

Desse modo, selecionam-se embriões que possuem as características genéticas desejadas (de cura) e, posteriormente, esses são implantados no útero (Monteiro, 2012). Sem esse método, a chance de gerar um irmão compatível é 25%, enquanto a DGPI aumenta a probabilidade em 90% (Billauer, 2020), afigurando-se uma esperança aos pais que possuem filhos com tais doenças terminais.

Em outros termos, significa conhecer o embrião e suas atribuições genéticas antes da sua implantação. Em alguns casos, além de realizar o estudo prévio de vários embriões e escolher aqueles que detenham características desejadas, é possível modificar e corrigir anomalias, identificando o genótipo dos embriões e impedindo que as enzimas ou proteínas (do gene indesejado) se expressem. (Eller, Ramos e Oliveira, 2019).

Em 2012, o Brasil teve o primeiro caso de bebê medicamento: Maria Clara. Após transplantar medula óssea, Maria Clara curou a irmã Maria Vitória, à época com talassemia major (G1, 2015). Os pais expressaram enorme emoção e alegria com a engenharia genética que salvou uma das filhas (G1, 2015).⁶ Este cenário retratado pela mídia reverbera dissidentes opiniões. De um lado, tem-se aqueles que celebram essa técnica sob o argumento de que a ciência e a tecnologia estão a serviço da humanidade para a eliminação de quaisquer enfermidades que causem sofrimento (Ferraz, 2023).

Tal posição alinha-se à bioética solidarista (Schaefer, 2024), que se refere à disposição e dedicação ao bem-estar do outro, acima de qualquer interesse pessoal ou individual (Billauer, 2020). Nessa ótica, supostamente é esperado e aceito que os bebês medicamentos doem sangue ou órgãos para seus irmãos, motivados por um sentimento de altruísmo.

5 Embora essas nomenclaturas sejam mais populares, há também outras como filhos para cura, design babies e *backup children*.

6 Para acessar a entrevista completa cf: G1. Menina nasce para tentar curar a irmã de doença grave. G1, São Paulo, 2015. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/04/menina-nasce-para-tentar-curar-irma-de-doenca-grave.html>. Acesso em: 12 dez. 2025.

mo e fraternidade que são aptos a justificar essas intervenções médicas. Argumenta-se, ainda, que essa prática satisfaz o melhor interesse da criança doadora (Ferraz, 2021) pela ajuda prestada aos seus familiares.

Por sua vez, reconhece-se a concepção do bebê medicamento enquanto expressão do princípio do livre planejamento familiar (Ferraz, 2021 e Schaefer, 2024), o qual encontra fundamento no art. 226, §7º, da CRFB⁷ e na Lei 9.263, de 1996, que regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal e trata sobre o planejamento familiar.⁸ Esse princípio relaciona-se ao direito à informação, à assistência especializada e ao acesso a todos os recursos que permitam ao casal a opção livre e consciente de ter ou não filhos (Dadalto et al., 2024). Trata-se de um conjunto de garantias de caráter personalíssimo que pressupõe o exercício da autonomia privada para o desenvolvimento da personalidade desses sujeitos (Dadalto et al., 2024).

Assim, para essa corrente não compete ao Estado interferir nos motivos, na existência ou no tamanho da prole, restringindo-se apenas a propiciar os recursos necessários para realização do projeto parental (Schreiber, 2024).⁹ A decisão de conceber uma nova vida, seja por meios naturais ou por *fertilização in vitro*, incluindo a técnica DGPI, não encontra obstáculos no ordenamento jurídico brasileiro (Ferraz, 2021).

Este lado parte de um desencantamento do mundo pautado em uma liberalidade que foge e ignora os horizontes morais. Há um sombrio lado individualista escondido sob o escancarado solidarismo ativo que se centra em uma pobre argumentação do uso de outrem em favor de alguém. Não há preocupações ou considerações em relação aos outros ou com seu impacto futuro na sociedade (ou no sujeito instrumentalizado). Há uma primazia da razão instrumental. Uma racionalidade baseada exclusivamente em uma aplicação economia dos meios e métodos para determinação do fim com máxima eficiência (Taylor, 2011).

Taylor (2011) é bastante incisivo neste ponto e evidencia seu medo de que as coisas possam ser determinadas com base em critérios de eficiência ou análises de custo-benefício. Se de um lado tem-se a vida de um sujeito que possa ser salva, de outro tem-se a possibilidade de gestação de um ser-humano com a finalidade de salvar e guiar um horizonte eclipsado para maximizar a vida daquele que necessita. Assim, há uma aura que instrumentaliza a tecnologia e a eleva em um posto que nos obriga a acreditar que soluções tecnológicas podem e devem fazer sentido quando práticas distintas poderiam ou não ser adotadas. É de se lembrar que os graus de liberdade não são ilimitados (Taylor, 2011). Não se aborda apenas de uma prática que muda a perspectiva individual, mas cria conflito de interesses em níveis relacionais e interinstitucionais. Quando se estrutura as escolhas sociais em torno de uma razão instrumentalizada há uma perda da liberdade do indivíduo e no grupo, pois a utilização de práticas que invadem a esfera subjetiva de outrem reduz esses graus de liberdade a ponto de criar uma política irresponsável com fundamento em um propósito opaco (Taylor, 2011).

7 Art. 226, § 7º, CF. Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

8 A referida lei regula o § 7º do art. 226 da Constituição Federal, que trata do planejamento familiar.

9 É discutido e criticado a falta de acesso e democratização do método DGPI, dado os elevados custos e a ausência de cobertura da *fertilização in vitro* por convênios ou SUS. Entretanto, isso não será abordado, pois não é objeto do artigo (Schaefer, 2024).

No mais, há um deslize de um ideal autocentrado na autorrealização niilista. Nega-se os impactos das ações nos horizontes de terceiros e rejeita-se a própria noção de personalidade (self) daqueles afetados. Por esses motivos, não se pode ignorar o outro lado: os dilemas éticos e as violações à integridade física e psíquica daqueles nascidos sob o pretexto de salvar outra pessoa.

III. O método DGPI e alguns dilemas éticos

O primeiro procedimento bem-sucedido de diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI) foi relatado em 1990. Nesse caso, tinha-se como objetivo prevenir o nascimento de crianças com enfermidades ligadas ao cromossomo X (Basilie et al., 2009). No instante em que a técnica foi utilizada, surgiram diversos questionamentos acerca de seus limites éticos. É ético e moralmente correto interferir nas características dos seres humanos antes do nascimento?

Desse modo, as primeiras discussões referem-se à própria prática do método, versando apenas na *melhoria* dos atributos genéticos da própria pessoa. O argumento mais utilizado contra o procedimento é o perigo de interferência para a manipulação de indivíduos, sendo que uma provável consequência seria a gestação de seres humanos projetados e com características ditas como *melhores*, culminando na eugenia (Ferraz, 2021).¹⁰

1. Os riscos da eugenia

A eugenia foi um movimento desacreditado do século passado que buscava melhorar a raça humana mediante políticas controversas, incluindo a esterilização forçada e outras práticas extremas, com o objetivo de promover um suposto aprimoramento genético (Sandel, 2013). O lema do movimento era *“a eugenia é a direção própria da evolução humana. Como uma árvore, retira seus materiais de muitas fontes e os organiza em uma unidade harmoniosa”* (Stantone Jackson, 2017, sem o grifo original).

A ampliação do uso do diagnóstico pré-implantação poderia ser considerada uma forma de eugenia, pois permitiria que os pais escolhessem embriões saudáveis para a implantação, evitando o nascimento de crianças com doenças genéticas. Seria difícil para um casal que se submete à fertilização *in vitro* e solicita um diagnóstico genético pré-implantação, a fim de evitar a transmissão de uma doença hereditária aos filhos, optar por transferir à mulher um embrião portador de alguma doença ou deficiência (Ferraz, 2021).

Ressalta-se que, um objetivo inicial e aparentemente digno de incentivo pode revelar (ou esconder) seu lado sombrio ao envolver a definição de quais características devem ser promovidas ou padronizadas e quem será responsável por essa seleção. Além disso, não se pode ignorar o fato de que ainda se desconhecem por completo os efeitos a longo prazo dessas diversas pressões genéticas sobre a saúde pública. Assim, surge uma nova forma de eugenia: sutil, aparentemente democrática e insidiosa, estabelecendo-se silenciosamente na sociedade, sem que ninguém saiba ao certo quais serão suas consequências (Ferraz, 2021).

A escolha e o melhoramento genético não necessariamente levariam à eugenia. O fato é que normalizar essa utilização abre precedentes para a discussão e para a confecção de

10 A eugenia foi concebida por Francis Galton (1822-1911) no final do século XIX, com uma preocupação explícita em relação à evolução da raça humana, abrangendo tanto características físicas, como a cor dos olhos, quanto traços não físicos, como a inteligência, que foi amplamente estudada por Galton (Teixeira e Silva, 2017).

peças *perfeitas* e padronizadas. A discussão se dá justamente nesse sentido: tendencialmente, as pessoas perfeitas seriam brancas, de olhos azuis e sem nenhum tipo de deficiência, revelando-se as construções e concepções estereotipadas de uma sociedade discriminatória, racista e classista.

A prática seletiva impede com que o sujeito *produzido* se descubra e se identifique como si mesmo. Ter em mente uma concepção de sua pré-formação para uma finalidade é enquadrar-se em um modelo preexistente e descobre-se que o sentido da própria vida não é dado por si, mas por outrem. Esse contexto também somente se torna possível a partir da seleção de determinadas características que expressam o indivíduo pretendido.

Dessa forma, além de ocultar uma prática eugenista, impede a autodescoberta do sujeito e faz com que ele trilhe caminhos pré-definidos e sentidos já indicados para sua vida. A noção de originalidade do ser e de sua personificação fica rechaçada e pode criar internamente uma constante luta para o próprio reconhecimento enquanto sujeito livre e autêntico. Essa autenticidade envolve necessariamente a criação, a construção e a descoberta de si enquanto indivíduo original e detentor dos próprios horizontes de significado (Taylor, 2011). A desconstrução de um cenário pré-traçado dificulta ou até mesmo impede a ocorrência dessa autenticidade, criando-se artificialmente um cenário anormal pautado em uma relação supostamente dialógica entre irmãos solidários. Por essa razão, a autenticidade deve possibilitar a descoberta dos projetos de vida do próprio sujeito a partir de suas construções internas e externas (Taylor, 2011).

IV. Aspectos éticos específicos e a (des) proteção do direito à integridade corporal do bebê medicamento

Percebe-se que a discussão sobre os bebês medicamentos transcende as práticas de modificação genética. O cerne é a proteção e a instrumentalização da vida do irmão que nasce com uma finalidade. Conforme mencionado, a solidariedade familiar é um argumento utilizado pelos apoiadores dessa prática, que colocam o livre planejamento familiar como objeto central.

No entanto, a questão central do dilema é discutir os limites éticos e morais de se construir um ser feito exclusivamente com uma finalidade: a de fornecer material biológico a outrem.

1. A autonomia paterna

Nessa discussão, os pais enfrentam uma circunstância fática problemática: o assombro de perder um filho. Parece motivo suficiente para realizar qualquer procedimento que esteja ao seu alcance. Sandel (2013) discute a problemática de oferecer autonomia para os pais decidirem sobre os atributos genéticos de seus filhos. Para o autor, com essa possibilidade, os pais tenderiam a escolher filhos cada vez mais bonitos, inteligentes e bem-sucedidos.

O problema reside na *hybris*¹¹ dos pais projetistas, no seu impulso de controlar o mistério do nascimento. Ainda que tal disposição não transforme os pais em tiranos em relação aos seus filhos, ela desfigura a relação entre ambos e priva os pais da humildade

11 Nome que designa, em grego, toda espécie de desmedida, de exagero ou de excesso no comportamento de uma pessoa: orgulho, insolência, arrebatamento etc. Bastante empregado na filosofia moral, esse termo se opõe a medida, equilíbrio (Japiassú, 2008).

e do aumento de empatia humana que a abertura ao inesperado é capaz de promover (Sandel, 2013)

Um outro ponto é a experiência de consumo, onde os pais adotam um papel muito mais direto e ativo a partir da escolha efetiva de seus filhos dentro de uma série de outros produtos (Ferraz, 2021). Fato é que liberar esse tipo de ação reflete na maneira com que se pensa sobre reprodução humana, que durante muitos anos foi tida como uma loteria genética (Sandel, 2013).

No caso dos irmãos que são feitos para salvar outrem, o raciocínio é o mesmo. Os pais escolhem, dentre opções na prateleira, qual seria a solução para os seus problemas. Modifica-se até que aquilo se torne interessante e funcional para seus interesses. Na iminência do problema, a discussão pode fazer sentido, principalmente considerando a vulnerabilidade dos pais nessa situação. Porém, na prática, não se corrobora.

A vulnerabilidade dos pais é trazida por Turner (2002), que traz a reflexão sobre a autonomia dos pais em um momento de vulnerabilidade. Conforme o autor, naturalmente os pais ficam profundamente angustiados diante da possibilidade de perder um filho amado e estão dispostos a fazer quase qualquer coisa para evitar essa morte. Diante desse cenário, é questionável se eles conseguem dar um consentimento verdadeiramente livre, esclarecido e informado ao optar por procedimentos como o diagnóstico genético pré-implantação (DGPI) ou ao tomar decisões subsequentes envolvendo o *bebê doador*. A intensidade emocional da situação pode comprometer sua capacidade de avaliar de forma clara e objetiva as implicações éticas, emocionais e práticas dessas escolhas.

A subjetivação do individualismo dá a liberdade uma feição de que ela “lhe permite fazer o que quer, e a maior aplicação da razão instrumental oferece mais do que você quer, o que quer que isso seja” (Taylor, 2011: 30). Assim, a prática pode ser vista como resultado de um atomismo individual cuja escolha faz com que a vida de outrem possa perder o significado que ela poderia dar a si para viver em prol de outrem. Perceba-se que há sempre um argumento relativista por trás da invasão da esfera de liberdade do *Savior Sibling*. Esse argumento relativista é princípio de uma ramificação do individualismo. Ele cria um sentimento de que todos podem se desenvolver e escolher o destino de outrem a partir de uma justificativa moral: não se deve contestar os valores de outrem (ou, por que não salvar aqueles que necessitam ser salvos?).

Essa visão evidencia um desligamento da própria individualidade (self) e ignora as ocupações religiosas, políticas e históricas (Taylor, 2011). Portanto, nivela-se a vida mediante práticas relativistas e individualistas escondidas sob um manto solidarista. Como resultado, o ideal moral daqueles que praticam o ato de gestação do *Savior Sibling* é enchido por um sentimento de autorrealização e justiça. As pessoas podem se sentir convocadas a tomar atitudes quando pensam que uma vida poderia ser desperdiçada caso se abstivessem de alguma ação invasiva. Há, aqui, um sentimento de poder e controle sobre a vida de duas pessoas: a que necessita e a que provém. Mas, no fim, trata-se de um relaxamento ético e moral pautado em uma autoindulgência que nos mantém no caminho errado. Mas, então, qual é o resultado? Condutas desarticuladas pautadas no argumento de que algumas formas de vida podem e são mais elevadas que as outras.

Então...

2. Quem salva os irmãos salvadores?

“Age de tal maneira que uses a humanidade,
tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outro,
sempre e simultaneamente como fim
e nunca simplesmente como meio”
(Kant, 2023.)

Kant traz a ideia de que o homem é um fim em si mesmo, com valor inerente e que não depende de outros aspectos. Tal definição, base para a definição do princípio da dignidade humana, reflete na forma com que pensamos os bebês medicamentos.

A dignidade da pessoa humana é o vértice axiológico de todo o ordenamento jurídico brasileiro e estabelecida pela Constituição da República Federativa de 1988. Nesse caso, o bebê medicamento pode sofrer restrições acerca de sua dignidade (considerando a relação com a definição Kantiana). Se se utiliza o irmão como um meio para atingir uma finalidade, torna-se em instrumento algo que não pode ser instrumentalizado. Assim, rompe-se com o aspecto intrínseco da vida humana.

Conforme Restrepo, Abade & Pastor (2012: 317):

“Isso leva a um utilitarismo inaceitável, no qual “a vida humana é reduzida a termos de ‘utilidade biológica’”: só é válida a vida humana que possui uma certa qualidade, de acordo com determinados parâmetros. A vida em si não tem um valor absoluto, mas sim relativo a algo”.

Tal argumento reflete apenas na existência do bebê medicamento, fatos esses intrínsecos à sua própria existência. No entanto, ao longo de sua vida podem surgir outros dilemas, tanto físicos quanto psicológicos. Por exemplo, a retirada de material genético. Muitas vezes, essa prática se inicia desde os primeiros dias de vida do recém-nascido. Por essa e outras razões é importante a discussão do direito à integridade física do bebê medicamento.

A integridade física é um direito da personalidade. Dentre seus atributos tem-se a irrenunciabilidade e intransmissibilidade, podendo, no entanto, sofrer limitação voluntária, como previsto no art. 11, do Código Civil Brasileiro de 2002. No caso da disposição corporal, esse é um ponto relevante: quais os limites para a doação (forçada)? Na obra ficta, citada na primeira seção deste trabalho, chega um momento em que Kate, a irmã doente, corre o risco de desenvolver falência renal. Quais seriam os limites para a doação? A irmã-salvadora poderia comprometer toda sua vida em prol de salvar a vida da irmã e realizaria a doação de um rim?

Perceba-se a prejudicialidade da autenticidade enquanto elemento de autorrealização do próprio sujeito frente ao cumprimento dos seus objetivos de vida. O argumento solidarista é sutil e parte de um léxico que oculta um ideal de subjetivação instrumental e moralmente carregado de axiologias sensíveis.

Além disso, um dos aspectos mais debatidos envolve os riscos físicos associados aos procedimentos de doação e os impactos psicológicos decorrentes de ser visto como um

membro secundário da família, cuja principal razão de existir estaria ligada ao tratamento do irmão doente. Essa problemática ganha vida em situações concretas, como aquelas retratadas no filme, no qual o conflito se torna evidente. A violação dos direitos da personalidade do irmão salvador pode ocorrer em dois momentos principais: I) quando a doação implica riscos ou danos físicos graves ou II) quando ele é tratado como uma figura de menor relevância no núcleo familiar, ambos os casos apresentados de forma impactante na narrativa do filme (Ferraz & Meireles, 2021).

A ideia de conceber uma criança com o propósito específico de ser um doador para um irmão doente coloca em xeque não apenas determinações éticas e morais, mas princípios jurídicos fundamentais. Por isso, é importante debater o tema e delimitar, cada vez mais, os limites éticos para essa prática.

3. Bebês medicamentos: a (in)suficiência normativa no Brasil

No Brasil, não há norma que regulamente o procedimento de DGPI para concepção de bebês medicamentos, sendo que o tema é abordado apenas pela Resolução nº 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina. Em um Estado Democrático de Direito, mostra-se problemático que a reprodução *in vitro*, permeada por sensíveis questões éticas e jurídicas, seja dirimida por ato administrativo sem força legislativa. Trata-se de médicos decidindo sobre uma temática que vai além da medicina, com impacto direto no desenvolvimento da personalidade de uma futura criança.

Apesar de diversos trabalhos e pesquisas acadêmicas alertarem sobre os possíveis riscos da engenharia genética, sobretudo dos bebês medicamentos, o Congresso Nacional brasileiro negligencia o assunto, com anos de propostas de Projetos de Lei infrutíferos. Assim, até que haja uma regulamentação adequada, infelizmente aplica-se a autorização concedida pelo Conselho Federal de Medicina, sem a devida delimitação de parâmetros. Como consequência, tornam-se visíveis seus efeitos: a objetificação da vida - advertida na seção três e exemplificada pelo suporte fático do AResp 1.533.189-SP.

Nesse recurso, discutiu-se se o convênio de saúde deveria ou não custear a reprodução humana assistida, a fim de se conceber um irmão saudável para curar o outro com Talassemia Major (Brasil, 2019). Na ocasião, o Ministro João Otávio de Noronha destacou que não se trata de livre planejamento familiar, mas da obtenção de tratamento alternativo para enfermidade grave (Brasil, 2019). No entanto, considerar a concepção de uma vida como uma alternativa médica significa reduzi-la a um meio em vez de reconhecê-la como um fim em si mesma. Portanto, evidenciam-se os perigos dessa omissão legislativa.

Ademais, no âmbito das futuras doações corporais feitas ao irmão salvador também se observa uma insuficiência do ordenamento jurídico brasileiro na tutela efetiva de sua proteção à integridade corporal. Ao autorizar tal método, a Resolução nº 2.320/2022, do Conselho Federal de Medicina, dispõe que:

“As técnicas de reprodução assistida também podem ser utilizadas para tipagem do Antígeno Leucocitário Humano (HLA) do embrião, no intuito de selecionar embriões HLA- compatíveis com algum irmão já afetado pela doença e cujo tratamento efetivo seja o transplante de células-tronco, de acordo com a legislação vigente” (Brasil, 2022).

O transplante de células-tronco refere-se a três métodos de coleta: i) sangue periférico; ii) cordão umbilical ou; iii) medula óssea (Moreira, 2021). O primeiro método não se aplica aos bebês medicamentos, pois a doação de sangue é permitida apenas aos maiores de 16 anos, considerados relativamente incapazes, conforme o art. 38, da Portaria nº 158/2016, do Ministério da Saúde (Brasil, 2016).

O segundo método, de maneira semelhante, também não se aplica, uma vez que a doadora é a gestante, e não a criança que está por nascer (Ferraz, 2021). Tal interpretação coaduna-se com o art. 9-A, da Lei 9.434/1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e que assegura à mulher o direito de receber informações sobre as possibilidades e benefícios dessa doação (Ferraz, 2021).¹² Assim, ao dar enfoque na parturiente, a legislação parece atribuir a titularidade do sangue do cordão umbilical e placentário a ela (Ferraz, 2021).¹³

Por fim, o transplante de medula óssea é o único procedimento em que, de fato, há possibilidade de participação dos bebês medicamentos como doadores de material genético. Assim o é, pois, a Lei 9.434, de 1997 autoriza essa doação por absolutamente incapazes, desde que haja consentimento dos responsáveis legais, autorização judicial e inexistência de riscos à saúde do doador.¹⁴ ¹⁵ Logo, embora a supracitada Resolução aborde *transplante de células-tronco* no Brasil, os procedimentos envolvendo esses indivíduos restringem-se à coleta de medula óssea.

Normalmente, o procedimento é feito dentro de dois anos após o nascimento da criança (Billauer, 2020). Em condições de anemias ou cânceres, não há justificativa médica para impedir o adiamento do transplante até que o doador tenha discernimento suficiente para fornecer um consentimento livre e informado,¹⁶ especialmente considerando a pequena, mas relevante, incidência de reação enxerto contra hospedeiro ou rejeição do transplante (Billauer, 2020).

Dessa forma, apesar dos casos brasileiros não serem tão extremos quanto aqueles retratados pelo filme “Uma Prova de Amor”¹⁷, a violação à integridade corporal desses sujeitos ainda possui relevância e impactos jurídicos e éticos. Afinal, são crianças de dois anos se

12 Art. 9oA, Lei 9. 434/ 1997. É garantido a toda mulher o acesso a informações sobre as possibilidades e os benefícios da doação voluntária de sangue do cordão umbilical e placentário durante o período de consultas pré-natais e no momento da realização do parto.

13 Uma pesquisa, realizada na Europa, indica que a transfusão de sangue do cordão umbilical é bem-sucedida em apenas 5% dos casos, a maioria (95%) necessita de transplantes de medula óssea, seja isoladamente ou em combinação com a transfusão de cordão (Billauer, 2020).

No Brasil, em 2020, menos de 1% dos transplantes de células-tronco usaram o sangue do cordão umbilical, ao passo que o da medula óssea correspondeu a 30% (Moreira, 2021).

14 Art. 9º, § 6º, Lei 9.434/1997. O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

15 Vale ressaltar que os demais requisitos inerentes à doação de órgãos permanecem: comprovação de compatibilidade imunológica com o receptor e ausência de riscos à saúde do doador. Inclusive, mesmo diante dos mencionados critérios, trata-se de medida extremamente excepcional e que necessita de constante fiscalização judiciária em prol dos interesses dos vulneráveis.

16 Estas autoras consideram uma autonomia progressiva das crianças para consentimento de tratamentos médicos. É evidente que, nesse caso, ainda não há discernimento - fazendo-se necessário o instituto da representação. Cf: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. *A competência da criança e do adolescente para o exercício do direito à recusa de tratamento médico*. 2010. Tese (Doutorado em Direito Privado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2010.

17 No filme, discute-se a doação de rim do bebê medicamento. No Brasil, de modo diverso, a doação limita-se à medula óssea.

submetendo à cirurgia para salvar outrem. Não obstante, o consentimento dado pelos responsáveis legais, em representação desses incapazes, nem sempre corresponde ao melhor interesse do doador, na medida em que a vontade dos pais é influenciada pelo desespero de curar outro filho (Schaefer, 2024).

Provavelmente, em uma tentativa de resguardar o melhor interesse dessa criança, a Lei 9.434, de 1997, também prevê a autorização judicial, juntamente com a dos pais.¹⁸ Contudo, infelizmente essa não é a realidade brasileira. De acordo com análises feitas a partir do banco de dados da Associação Brasileira de Transplante de Órgãos, em conjunto com pesquisas processuais, tem-se que:

“(…) dos 310 transplantes alogênicos¹⁹ realizados no estado de São Paulo, dois ocorreram mediante alvará judicial, e dos 19 realizados no Rio Grande do Sul, um obteve a referida autorização. Assim, dos 574 transplantes alogênicos realizados entre janeiro e setembro de 2016, apenas três teriam sido por intermédio de doação de indivíduo juridicamente incapaz. Não há, no entanto, base de dados consolidada que permita confirmar esse número. Os sistemas de dados do Paraná, Distrito Federal, Goiás, Minas Gerais e Ceará não apresentaram resultados à consulta, e os de Pernambuco, Bahia, Rio de Janeiro e Rio Grande do Norte sequer forneceram informações passíveis de análise” (Silva & Viana, 2020: 513).

Na tentativa de números mais recentes, buscou-se jurisprudência do TJSP, no ano de 2024, com os filtros “transplante de medula óssea” e “incapaz”, a fim de ilustrar o quadro gravoso. Como resultado, obtiveram-se treze julgados, dos quais nenhum corresponde à temática abordada. Ao passo que, nesse período foram registrados 350 transplantes de medula óssea alogênicos (Brasil, 2024). Os resultados contrastantes realçam o questionamento: é razoável acreditar que, respectivamente, apenas 0,03% ou 0% dos doadores são crianças?

Possivelmente, essa escassez de decisões nos Tribunais reflete uma ausência de autorizações judiciais e, portanto, o descumprimento do requisito legal. Na prática, toda a escolha é transferida aos pais, sem nenhuma fiscalização quanto à satisfação do melhor interesse da criança (Schaefer, 2024). Quanto aos bebês medicamentosos, esse contexto torna-se ainda mais complexo: Qual a garantia de que a vida daquele que nasceu para salvar não será instrumentalizada? Como assegurar a integridade física e psíquica desse sujeito vulnerável?

No geral, as estatísticas aparentam irreais, o ordenamento jurídico apresenta-se como insuficiente e as poucas decisões (como a AResp 1.533.189-SP) são instrumentais e utilitaristas.²⁰ O viés subjetivista que fundamenta a razão instrumental como ideologia de realização solidarista é dominante em nossa época e visivelmente verificado na situação

18 Art. 9º É permitida à pessoa juridicamente capaz dispor gratuitamente de tecidos, órgãos e partes do próprio corpo vivo, para fins terapêuticos ou para transplantes em cônjuge ou parentes consanguíneos até o quarto grau, inclusive, na forma do § 4o deste artigo, ou em qualquer outra pessoa, mediante autorização judicial, dispensada esta em relação à medula óssea.

§ 6º O indivíduo juridicamente incapaz, com compatibilidade imunológica comprovada, poderá fazer doação nos casos de transplante de medula óssea, desde que haja consentimento de ambos os pais ou seus responsáveis legais e autorização judicial e o ato não oferecer risco para a sua saúde.

19 O termo alogênico refere-se a doador aparentado ou não aparentado. O doador não é o próprio paciente (Moreira, 2021).

20 Isto é, prioriza-se a finalidade da ação e os possíveis benefícios coletivos.

fática em análise (Taylor, 2011). A argumentação axiológica nos fragiliza e nos leva ao sentimento ambíguo de imponência e poderio, ao passo que também nos insere em um atomismo instrumental capaz de interferir na vida de outrem a partir das circunstâncias que necessariamente precisariam de intervenções.

Diante disso, emergem a necessidade e urgência de legislação específica regulando a concepção e, posteriormente, a proteção à integridade física dos bebês medicamentos. No atual ordenamento jurídico brasileiro, os filhos doadores estão desprotegidos em detrimento do filho doente. Com isso, na ponderação entre solidariedade e objetificação, prevalece a última.

V. Conclusão

O debate acerca do "bebê medicamento" revela-se como um dos temas mais complexos e delicados no âmbito da bioética e do direito, especialmente no que tange à integridade corporal e à dignidade humana. A técnica de fertilização in vitro com diagnóstico genético pré-implantacional (DGPI), embora represente um avanço científico significativo e uma esperança para famílias que enfrentam doenças terminais, traz consigo uma série de dilemas éticos e jurídicos que não podem ser ignorados. A concepção de uma criança com o propósito específico de salvar a vida de um irmão doente, embora justificada pelo princípio da solidariedade familiar e pelo livre planejamento familiar, coloca em xeque valores fundamentais, como a autonomia, a dignidade e a integridade física do indivíduo concebido.

A análise realizada ao longo deste trabalho evidenciou que, apesar dos argumentos favoráveis à prática do DGPI, baseados na bioética solidarista e no direito ao planejamento familiar, persistem sérias preocupações quanto à instrumentalização da vida do "bebê medicamento". A concepção de uma criança com uma finalidade pré-determinada pode levar à objetificação desse indivíduo, reduzindo-o a um meio para atingir um fim, em clara violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. Além disso, a exposição precoce a procedimentos médicos invasivos, como a doação de medula óssea, coloca em risco a integridade física e psíquica da criança, sem que ela tenha a possibilidade de consentir de forma livre e informada.

No contexto brasileiro, a ausência de uma legislação específica que regule a prática do DGPI e proteja os direitos dos "bebês medicamentos" é problemática. A Resolução nº 2.320/2022 do Conselho Federal de Medicina, embora estabeleça diretrizes para a utilização da técnica, não é suficiente para garantir a proteção integral desses indivíduos, especialmente no que diz respeito às futuras doações de órgãos ou tecidos. A falta de fiscalização e a escassez de autorizações judiciais para procedimentos envolvendo crianças doadoras evidenciam uma lacuna normativa que deixa os "bebês medicamentos" à mercê de decisões familiares, nem sempre pautadas pelo melhor interesse da criança.

A (con)vivência em um mundo onde as pessoas podem escolher por si e pelos outros é traço marcante do individualismo sustentado por uma convicção solidarista. Essa prática ocorre em razão de os sujeitos relegarem ou ignorarem a sensação de um propósito maior. Em outros termos: não se considera o impacto futuro a não ser o lamentável conforto contemporâneo.

Uma decisão eticamente autêntica afasta-se de um posicionamento moral interno e será

tomada a partir da consideração realmente solidarista de como o sujeito pode viver em sociedade sem a interferência em sua esfera de liberdade. Evita-se que a natureza interior do ser seja perdida por uma conformidade externa instrumental.

Portanto, conclui-se que o método DGPI é uma forma de instrumentalização da vida, fazendo com que seja necessário que o ordenamento jurídico brasileiro avance no sentido de garantir a proteção integral dos “bebês medicamentos”. Trata-se ação consequente de um declínio da sociedade enquanto observadora dos horizontes individuais. Esse declínio advém de fatores políticos e institucionais que pautam acepções morais e axiológicas capazes de nos colocar em posições que, aparentemente, a escolha está em nossas mãos. Mas, nunca tivemos a opção de escolher.

Referências

- Basille, C., Frydman, R., El Aly, A., Hesters, L., Fanchin, R., Tachdjian, G., ... & Achour-Frydman, N. (2009). Preimplantation genetic diagnosis: state of the art. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, 145(1), 9-13.
- Billauer, B. P. (2021). Savior Siblings, Protective Progeny, and Parental Determinism in the age of CRISPR-Cas. *Chi.-Kent L. Rev.*, 96, 173.
- Brasil. (2016). *Portaria nº 158, de 04 de fevereiro de 2016*. Redefine o regulamento técnico de procedimentos hemoterápicos. Brasília, Ministério da Saúde.
- Brasil. (2024). Registro de Transplante de Órgãos. *Associação Brasileira de Transplante de Órgãos*, [s.v.], nº 3, p. 1-21, São Paulo, jan./set. 2024. Disponível em: https://site.abto.org.br/wp-content/uploads/2024/05/RBT-2024-jan-mar_POPULACAO.pdf.
- Brasil. (2022) *Resolução CFM nº 2.320/2022*. Adota normas éticas para a utilização de técnicas de reprodução assistida sempre em defesa do aperfeiçoamento das práticas e da observância aos princípios éticos e bioéticos que ajudam a trazer maior segurança e eficácia a tratamentos e procedimentos médicos, tornando-se o dispositivo deontológico a ser seguido pelos médicos brasileiros e revogando a Resolução CFM nº 2.294, publicada no Diário Oficial da União de 15 de junho de 2021, Seção I, p. 60. Brasília, Conselho Federal de Medicina.
- Brasil. (2019). Superior Tribunal De Justiça. *Agravo de instrumento em recurso especial nº 1.533.189-SP*. Relator: Min. João Otávio De Noronha. Brasil.
- Dadalto, L., Gustin, C. & Carvalho, S. (2024) Enfoque bioético do planejamento familiar. In: Mascarenha, I.; Dadalto, L. *Direitos reprodutivos e planejamento familiar*. São Paulo: Foco.
- Eler, K. C. G., Ramos, K. P. M., & de Oliveira, M. T. P. (2019). Diagnóstico genético pré-implantação (DGPI): uma eugenia mascarada?. *Revista Iberoamericana de Bioética*, (9), 1-15.
- FERRAZ, A. C. B. de B. C.. Assisted reproduction and “Saviour Slings”: the ethical and legal debate. *Medicine and Law*, v. 42, n. 1, p. 199-220, Israel, 2023. Disponível em: <https://encurtador.com.br/qv6Db>. Acesso em: 27 jan. 2025.
- Ferraz, M. O. K. & Meirelles, J. M. L. D. (2021). Ética e direito em “uma prova de amor”: análise jurídica sobre a possibilidade do irmão salvador como recurso médico. *Novos Estudos Jurídicos*, 26, 461-484.
- G1. (2015). Menina nasce para tentar curar a irmã de doença grave. G1, São Paulo. Disponível em: <https://g1.globo.com/fantastico/noticia/2015/04/menina-nasce-para-tentar->

curar-irma-de-doenca-grave.html. Acesso em: 23 jan. 2025.

- G1. (2015). Nasce na Espanha bebê geneticamente selecionado para salvar irmão. G1, São Paulo, 2008. Disponível em: <https://g1.globo.com/Noticias/Ciencia/0,,MUL798326-5603,00.html>. Acesso em: 04 fev. 2025.
- Kant, I. (2023). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. Leya.
- Monteiro, J. R. (2012). Congresso deve legislar sobre “savior sibling”. *Conjur* [blog], 20-02-2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-fev-20/savior-sibling-brasileiro-motivar-congresso-legislar-tema>.
- Moreira, J. (2021). Entenda melhor o transplante de células-tronco. *Observatório de oncologia* [blog], 23-12-2021. Disponível em: <https://observatoriodeoncologia.com.br/estudos/tratamento-em-oncologia/2021/10-perguntas-e-respostas-para-entender-melhor-o-transplante-de-celulas-tronco/>
- Pedro, A. B. R. (2020). “Bebê-medicamento”: situações que o podem justificar e aspectos éticos [Mestrado em Ciências Farmacêuticas]. Universidade de Lisboa. Disponível em: <https://encurtador.com.br/4RhQb>.
- Restrepo, P. A., Abad, P. J. S. & Pastor, L. M. (2012). Diagnóstico genético preimplantatorio y el «bebê medicamento»: criterios éticos encontrados en la literatura biomédica y bioética. *Cuadernos de bioética*, 23(2), 301-320.
- Schaefer, F.. Bebê medicamento: entre a salvação e a objetificação do ser humano. In: Godinho, A. M., Schmidt, A. K. I., Oliveira, A. M., Teixeira, A. C. B., Nevares, A. L. M., de Carvalho Rettore, A. C., ... & Carvalho, S. (2023). *Direitos Reprodutivos e Planejamento Familiar*. Editora Foco.
- Schreiber, A. (2024). *Manual de direito civil: contemporâneo*. Saraiva Educação SA..
- Silva, R. L. P. D. & Viana, J. M. (2020). Ética e direito: o juridicamente incapaz como doador de medula óssea. *Revista Bioética*, 28(3), 507-516.
- Stanton, P. L. & Jackson, S. (2017). Eugenia: como movimento para criar seres humanos ‘melhores’ nos EUA influenciou Hitler. *BBC News/Brasil*, Londres, 23. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-39625619>. Acesso em: 25 jan. 2025.
- Taylor, C. (2011). Ética da Autenticidade. São Paulo: É Realizações.
- Teixeira, I. M., & Silva, E. P. (2017). *História da eugenia e ensino de genética*. História da ciência e ensino: construindo interfaces, 15, 63-80.
- Turner, S. (2002). Preimplantation genetic diagnosis for donor babies carries some harm. *BMJ: British Medical Journal*, 324(7343), 976.

Políticas públicas de saúde para trabalhadoras domésticas negras resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo: análises a partir do caso Sônia Maria de Jesus

Public health policies for black domestic workers rescued from domestic work in conditions analogous to slavery: insights from the case of Sônia Maria de Jesus

Rosane Teresinha Carvalho Porto¹; Marcelo José Ferlin D'Ambroso²; Rodrigo Leventi Guimarães³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)55](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)55)

Fecha de envío: 21.10.2025

Fecha de aceptación: 19.12.2025

RESUMO:

Este artigo analisa o trabalho doméstico em condições análogas à de escravo a partir do caso de Sônia Maria de Jesus, com o objetivo de discutir as políticas públicas de saúde voltadas à atenção integral de trabalhadoras domésticas negras resgatadas. A pesquisa, de abordagem qualitativa e caráter hipotético-dedutivo, combina revisão bibliográfica, análise documental e estudo de caso. Inicialmente, contextualiza-se a centralidade das

1 Pós-doutorado pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), Mestre em Direito pela (UNISC). Pós-doutoranda pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) Professora Permanente na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI). Integrante do Grupo de Pesquisa Biopolítica Direitos Humanos (CNPq). Pesquisadora Recém-Doutora ARD- FAPERGS (Edital FAPERGS 10/2020). Pesquisadora Gaúcha-PQG- FAPERGS 2024-2027(Edital 09/2023). Integra junto à FAPERGS a Comissão Assessora para Equidade, Diversidade e Inclusão. Lattes: CV: <https://lattes.cnpq.br/4041974927424063> ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1875-5079> E-mail: rosane.cp@unijui.edu.br

2 Desembargador do Trabalho (Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região – Porto Alegre/RS -Brasil); ex-Procurador do Trabalho (Ministério Público do Trabalho, Brasil); ex-Presidente Fundador e atual Presidente de Honra do IPEATRA (Instituto de Pesquisas e Estudos Avançados da Magistratura e do Ministério Público do Trabalho - Brasil); Membro da AJD (Associação Juizes para a Democracia – Brasil); Membro Honorário do IAB (Instituto dos Advogados do Brasil); Doutor em Ciências Jurídicas; Pós-doutorando em Direitos Humanos; Mestre em Direito Penal Econômico; Mestre em Direitos Humanos; Professor da 2ª Cátedra Presidente Lula (Instituto Lula, Brasil); Professor convidado de pós-graduação em diversas Universidades.

3 Professor no Ensino Superior. Doutor em Direitos pela UNIJUI/RS. Especialista em Direito Penal e Processual Penal; Especialista em Direito Civil e Processual Civil; Master Business Administration em Gestão de Instituições Públicas. Promotor de Justiça do Ministério Público de Rondônia. Promotor de Justiça Eleitoral (2012, 2016, 2020 e 2024). Tem experiência em Administração Pública e Judiciário. Email: rodrigo.guimaraes@sou.unijui.edu.br

mulheres negras no trabalho doméstico e a persistência de formas contemporâneas de escravização nesse setor. Em seguida, o caso de Sônia Maria de Jesus é examinado como situação paradigmática, articulando violações de direitos humanos, decisões judiciais e atuação de organismos nacionais e internacionais. Por fim, discutem-se marcos normativos e políticas de saúde, indicando limites e potencialidades de aplicação na atenção à saúde de mulheres negras resgatadas de trabalho doméstico em condições análogas à de escravo. Argumenta-se que o enfrentamento desse fenômeno deve ser compreendido também como questão de saúde pública, exigindo respostas intersetoriais, orientadas por gênero e raça, que articulem fiscalização, responsabilização e cuidado integral.

RESUMEN:

Este artículo analiza el trabajo doméstico en condiciones análogas a la esclavitud a partir del caso de Sônia Maria de Jesus, con el objetivo de discutir las políticas públicas de salud dirigidas a la atención integral de trabajadoras domésticas negras rescatadas. La investigación, de enfoque cualitativo y carácter hipotético-deductivo, combina revisión bibliográfica, análisis documental y estudio de caso. En un primer momento, se contextualiza la centralidad de las mujeres negras en el trabajo doméstico y la persistencia de formas contemporáneas de esclavización en este sector. A continuación, el caso de Sônia Maria de Jesus se examina como una situación paradigmática, articulando violaciones de derechos humanos, decisiones judiciales y la actuación de organismos nacionales e internacionales. Por último, se discuten marcos normativos y políticas de salud, señalando límites y potencialidades de aplicación en la atención a la salud de mujeres negras rescatadas de trabajo doméstico en condiciones análogas a la esclavitud. Se sostiene que el enfrentamiento de este fenómeno debe ser comprendido también como una cuestión de salud pública, que exige respuestas intersectoriales, orientadas por género y raza, que articulen fiscalización, responsabilización y cuidado integral.

ABSTRACT

This article examines domestic work in conditions analogous to slavery through the case of Sônia Maria de Jesus, with the aim of discussing public health policies aimed at comprehensive care for Black domestic workers who have been rescued from such situations. The study adopts a qualitative, hypothetico-deductive approach, combining literature review, documentary analysis and a case study. First, it contextualizes the central role of Black women in domestic work and the persistence of contemporary forms of enslavement in this sector. Next, the case of Sônia Maria de Jesus is analyzed as a paradigmatic situation, articulating human rights violations, judicial decisions and the actions of national and international bodies. Finally, the paper discusses legal frameworks and health policies, indicating both limitations and potentials in their application to the health care of Black women rescued from domestic work in conditions analogous to slavery. It argues that addressing this phenomenon must also be understood as a public health issue, requiring intersectoral responses, guided by gender and race, that bring together labor inspection, accountability mechanisms and comprehensive care.

PALAVRAS-CHAVE: trabalho doméstico escravo; saúde das trabalhadoras negras; políticas públicas.

PALABRAS CLAVE: trabajo doméstico esclavo; salud de las trabajadoras negras; políticas públicas.

KEY WORDS: slave domestic labor; health of black women workers; public policies.

I. Introdução

Conforme o Ministério do Trabalho e Emprego (2025), o trabalho doméstico no Brasil tem sido historicamente associado às mulheres negras, em contexto de desigualdades sociais, raciais e de gênero. Mesmo após a abolição formal da escravidão e a incorporação de direitos trabalhistas na legislação, persistem formas de organização do trabalho que envolvem informalidade, precarização e relações assimétricas de poder entre empregadores e trabalhadoras (Brasil, 2025a). Nesse cenário, a ocorrência de situações de trabalho em condições análogas à de escravo no âmbito doméstico, em pleno século XXI, suscita questões sobre a permanência de estruturas históricas de exploração e sobre os limites das respostas institucionais existentes.

Entre as diversas dimensões atingidas nessas situações, a saúde das trabalhadoras domésticas negras resgatadas constitui um ponto sensível. A experiência de violência, isolamento social, jornadas extensas, restrição de liberdade e negação de direitos básicos pode repercutir em agravos físicos e psíquicos que exigem atenção organizada por parte do sistema de saúde e da rede de proteção social. Nesse contexto, é possível questionar como políticas e instrumentos já instituídos, como o Sistema Único de Saúde (SUS), a Política Nacional de Saúde Integral da População Negra (PNSIPN), a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora (PNSTT) e o Sistema Único de Assistência Social (SUAS), vêm sendo mobilizados em situações envolvendo pessoas resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo e se conseguem responder de forma adequada às necessidades de cuidado integral dessas trabalhadoras.

O caso de Sônia Maria de Jesus, mulher negra submetida durante décadas a trabalho doméstico em condições análogas à de escravo, representa um ponto de observação para esse debate. A trajetória dessa trabalhadora coloca em discussão diferentes camadas de vulnerabilidade, sobretudo relacionadas a raça, gênero, classe, escolaridade, dependência econômica e ausência de suporte institucional, além de problematizar o modo como o Estado brasileiro, por meio de políticas públicas de saúde e de proteção social, pode atuar na garantia de direitos após o resgate.

O problema de pesquisa que orienta este artigo pode ser formulado nos seguintes termos: quais políticas públicas de saúde são necessárias para garantir atenção integral à saúde de trabalhadoras domésticas negras resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo? A hipótese de trabalho é de que, ainda que existam normas e políticas voltadas à promoção da saúde, à equidade racial e à proteção de vítimas de violência, a aplicação em situações envolvendo trabalhadoras domésticas negras resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo tende a ser insuficientemente orientada por uma perspectiva interseccional, o que limita a efetivação do cuidado integral.

O objetivo geral do estudo é analisar as políticas públicas de saúde relacionadas à atenção integral de trabalhadoras domésticas negras resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo, tomando o caso de Sônia Maria de Jesus como eixo de reflexão. Como objetivos específicos, propõe-se: (i) contextualizar o trabalho doméstico no Brasil a partir da correlação entre raça e gênero; (ii) apresentar o caso de Sônia Maria de Jesus, destacando as violações de direitos; (iii) identificar e discutir marcos normativos e políticas públicas de saúde e de proteção social pertinentes à atenção a pessoas resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo.

Do ponto de vista metodológico, adota-se abordagem qualitativa, de caráter hipotético-dedutivo, combinando revisão bibliográfica e estudo de caso. A investigação é conduzi-

da a partir de uma perspectiva que pretende apresentar como gênero e raça se inter-relacionam na configuração do trabalho doméstico e na produção de vulnerabilidades à saúde. O artigo organiza-se em dois tópicos principais: inicialmente, apresenta-se um panorama do trabalho doméstico e do trabalho em condições análogas à de escravo no Brasil, com ênfase nas trabalhadoras domésticas negras; em seguida, analisa-se o caso de Sônia Maria de Jesus e, a partir dele, discutem-se limites e potencialidades das políticas públicas de saúde voltadas à atenção integral às trabalhadoras resgatadas.

II. O rosto negro do trabalho doméstico no Brasil: invisibilidade e violação de direitos humanos no trabalho em condições análogas à de escravo

No mercado de trabalho brasileiro contemporâneo, as mulheres continuam concentradas em postos informais, com baixa remuneração e menor reconhecimento social. Muitas dessas ocupações, exercidas majoritariamente por pessoas negras, são socialmente associadas a funções de menor prestígio e pouca valorização. Esse quadro não pode ser compreendido sem relacioná-lo à história da escravização no país. Por mais de três séculos, a economia brasileira se organizou sobre o trabalho compulsório de pessoas escravizadas e, quando a escravidão foi formalmente abolida em 1888, não houve políticas consistentes de inclusão que garantissem acesso a direitos, renda e oportunidades às pessoas libertas. A ausência dessas medidas contribuiu para a permanência de desigualdades que atingem de forma particular a população negra, com impacto intenso sobre as mulheres. Nessa perspectiva, discutir o trabalho de cuidado implica também considerar a divisão racial do trabalho e o modo como ela atravessa a formação social brasileira, do período escravista às configurações atuais, em dimensões muitas vezes pouco visíveis no cotidiano (Leão; Lirio, 2024).

No Brasil, a predominância de mulheres negras no trabalho doméstico não é acaso histórico, e sim resultado de arranjos excludentes do pós-abolição. A passagem do cativo ao assalariamento ocorreu sob vulnerabilidade, reforçada pela política estatal de favorecer a imigração europeia e pela negação de terra, renda e escolarização às libertas. O efeito, portanto, consistiu em canalizá-las para ocupações desvalorizadas e com baixa proteção laboral (Porto, 2025). Um ponto a se considerar é a relevância do trabalho doméstico, isto é,

[...] as trabalhadoras domésticas remuneradas exercem um papel fundamental no suprimento nacional de cuidados, compensando a escassez de oferta de serviços públicos voltados para esse fim. O ofício, como é sabido, tem raízes em nosso passado de escravidão e na estrutura social patriarcal e é exercido até hoje principalmente por mulheres negras. Trata-se também de uma atividade, que na maior parte do tempo, esteve à margem dos principais avanços obtidos pelos demais trabalhadores no campo dos direitos trabalhistas, caracterizada, ainda, por baixa remuneração e evidências de ilegalidades (DIEESE, 2025, p. 2).

Em reforço, percebe-se que há um padrão estrutural de desigualdade de gênero, isto é, numa ordem patriarcal que hierarquiza o masculino e naturaliza a subordinação feminina, a discriminação opera como sistema de opressão. Tal estrutura materializa-se na feminização da pobreza e na sobrecarga dos papéis de cuidado, que limita estudo e qualificação: mulheres interrompem os estudos mais do que os homens para assumir afazeres domésticos e cuidados. Concentradas em ocupações de baixa qualificação e regulação, como o trabalho doméstico, ficam especialmente expostas à exploração, ao trabalho forçado, à servidão por dívida e à violência (Brasil, 2021).

O recorte gênero-raça mostra por que o doméstico é um vetor de exploração. De acordo com dados recentes da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o trabalho doméstico remunerado envolve pouco mais de 6 milhões de pessoas no Brasil, sendo cerca de 91% mulheres e apenas aproximadamente 23 a 24,4% com carteira de trabalho assinada no quarto trimestre de 2024 (IBGE, 2024; DIEESE, 2024). Informações do Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, com base em dados da PNADC, indicam ainda que a ocupação é majoritariamente feminina e preta/parda: 69,9% de quem declara trabalho doméstico e/ou de cuidados remunerados são mulheres negras, 1 em cada 6 mulheres negras trabalha como doméstica, muitas vezes com rendimento abaixo do mínimo quando sem registro, e pouco mais da metade dessas trabalhadoras é chefe de família (DIEESE, 2023; DIEESE, 2024). Esse conjunto de indicadores aponta um campo de alta informalidade e baixa proteção, no qual se ampliam riscos de jornadas exaustivas, condições degradantes e formas de exploração que podem configurar servidão por dívida (IPEA, 2025).

Esses dados dialogam com interpretações que relacionam o trabalho doméstico à permanência de hierarquias raciais e de gênero na sociedade brasileira, como apontado. Para Lélia Gonzalez (1984), o trabalho doméstico em condições análogas à de escravo é expressão de uma cultura estruturada por racismo e sexismo: nele, a mulher negra é subalternizada e desvalorizada, reduzida à condição de objeto, e não reconhecida como sujeito de direitos. No mesmo sentido, Borges e Anabuk (2025, p. 9) referem-se a esse fenômeno como categoria específica, que ocorre no ambiente residencial e se orienta primordialmente para funções reprodutivas, e não para a produção direta de bens ou serviços. Em última instância, o trabalho doméstico em condições análogas à de escravo pode ser visto como expressão concentrada de relações hierárquicas baseadas em raça e gênero, derivadas da divisão sexual e internacional do trabalho, orientadas à subjugação, ao controle e à exploração do trabalho e do corpo de mulheres negras (Borges; Anabuk, 2025).

Do ponto de vista da tutela de direitos, no entanto, a orientação majoritária nos tribunais é clara: o trabalho análogo à escravidão é crime contra direitos humanos que deve ser erradicado, dada a altíssima incidência e a resistência estrutural dos exploradores (Gonçalves, 2021). Nesse contexto, o Ministério do Trabalho e Emprego dispõe do Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), consolidado como uma das principais iniciativas estatais de combate ao trabalho em condições análogas à de escravo. Desde a implantação, foram realizadas mais de 8 mil ações fiscais, nas quais mais de 66 mil pessoas foram retiradas de contextos de exploração, como condições degradantes de trabalho, jornadas exaustivas, servidão por dívida e outras formas contemporâneas de exploração que implicam restrição de liberdade e grave violação da dignidade humana (Brasil, 2025b).

No campo normativo, a Emenda Constitucional nº 81, promulgada em 2014 e conhecida como PEC do Trabalho Escravo, alterou a Constituição Federal de 1988 para autorizar a expropriação de imóveis rurais e urbanos em que seja constatada exploração de trabalho em condições análogas à de escravo. Nesses casos, os bens são desapropriados sem direito à indenização ao proprietário e devem ser destinados a projetos de reforma agrária ou a programas de habitação de interesse social (Brasil, 2014).

Já o Projeto de Lei do Senado nº 432/2013 que visava regulamentar a aplicação prática da PEC, definindo critérios e procedimentos para o confisco, foi alvo de críticas por parte de entidades e órgãos de controle, que apontaram o risco de redução do conceito de

trabalho escravo ao omitir elementos como jornada exaustiva e condições degradantes, previstos no art. 149 do Código Penal⁴ (Brasil, 2013).

No terreno dos fatos, porém, fiscalizações recentes demonstram que a moldura normativa ainda não se traduz integralmente em proteção efetiva, pois persistem casos de condições análogas à de escravo. A título ilustrativo — e em específico sobre o recorte que se coloca neste artigo —, é possível apresentar casos recentes de fiscalização que ajudam a concretizar esse cenário. Em 2023, a Operação Resgate 3 retirou de uma residência no bairro do Grajaú, na zona norte do Rio de Janeiro, uma trabalhadora doméstica negra de 90 anos, que havia passado 50 anos a serviço da mesma família, sendo 16 na função de doméstica, dormindo em um sofá e exercendo tarefas de cuidado de uma idosa com mais de 100 anos; a operação envolveu atuação conjunta do Ministério do Trabalho e Emprego, Ministério Público do Trabalho, Ministério Público Federal, Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal e Defensoria Pública da União (Sakamoto, 2023). Em 2024, outra ação de fiscalização identificou, na casa de uma vereadora em Minas Gerais, uma trabalhadora doméstica negra de 61 anos, oriunda da zona rural, que há 28 anos prestava serviços à família, sem acesso à educação formal, sem direito a lazer ou descanso e com relatos de ausência de condições justas, não pagamento de salários e supressão de períodos de repouso (Geledés, 2025). Em 17 de julho de 2025, o Ministério do Trabalho e Emprego, por meio da Divisão de Erradicação do Trabalho Escravo (DETRAE/CGFIT), resgatou no Crato (CE) uma trabalhadora doméstica de 61 anos durante ação de combate ao trabalho escravo doméstico, com apoio da Polícia Federal, Ministério Público do Trabalho (MPT) e do Centro de Referência de Direitos Humanos local. A vítima foi localizada em residência rural, submetida há 37 anos a jornada exaustiva: das 5 às 22h, sem remuneração, sem folgas semanais e sem férias em todo o período (Brasil, 2025c).

Outra situação diz respeito à ação coordenada pelo Ministério do Trabalho e Emprego resgatou, em 5 de junho de 2025, em Ponta Negra (Manaus/AM), uma trabalhadora doméstica de 34 anos. A investigação constatou ausência de registro em CTPS, remuneração inferior ao mínimo, jornadas exaustivas e restrição de autonomia. Além do serviço doméstico em residência de grande porte, a vítima produzia doces para comercialização pelo empregador. Iniciada na casa aos 12 anos, sob promessa de cuidado e estudo, ela prestou serviços por 22 anos a diferentes membros da família, recebendo comida, moradia e pagamentos esporádicos e irrisórios. As condições de vida incluíam quarto precário, e a trabalhadora relatou períodos descalça e sem itens básicos (Brasil, 2025d).

Tais episódios estão estritamente correlacionados com dados estruturais da fiscalização federal, segundo os quais, entre 2017 e 2023, foram registrados 119 resgates de trabalho em condições análogas à de escravo em ambiente doméstico, com aumento de 31 pessoas resgatadas em 2021 para 41 em 2023 (Brasil, 2024), e com levantamentos que indicam que, no conjunto das pessoas resgatadas do trabalho escravo contemporâneo entre 2016 e 2023, a maioria se autodeclara negra, sendo as mulheres negras parcela expressiva entre as vítimas (Cáritas Brasileira, 2024).

Em conjunto, esses casos e os dados da fiscalização indicam que o trabalho doméstico em condições análogas à de escravo consiste em um padrão recorrente de exploração que recai, de forma reiterada, sobre mulheres negras. A persistência dessas situações, apesar do arcabouço normativo e dos instrumentos de repressão existentes, mostra que

4 Nos termos do artigo 149 do Código Penal, são elementos que caracterizam a redução a condição análoga à de escravo: a submissão a trabalhos forçados ou a jornadas exaustivas, a sujeição a condições degradantes de trabalho e a restrição de locomoção do trabalhador.

há limites na capacidade estatal de prevenção, identificação precoce e responsabilização efetiva dos exploradores. Nesse cenário, torna-se imperioso propor reflexões sobre as consequências desse processo para a saúde física e mental das trabalhadoras e as respostas que o sistema público de saúde e a rede de proteção social têm ofertado. É a partir dessa perspectiva que o próximo tópico se volta à análise das políticas públicas de saúde voltadas às trabalhadoras domésticas negras resgatadas, tomando o caso de Sônia Maria de Jesus como eixo norteador da discussão.

III. Políticas públicas e atendimento de saúde a trabalhadoras resgatadas a partir da análise do caso Sônia Maria de Jesus

O caso Sônia Maria de Jesus torna visível como a exploração no trabalho doméstico pode se perpetuar sob a retórica do “é da família” e como a combinação de ser mulher negra, analfabeta, com múltiplas deficiências, sem acesso regular à saúde, sem convívio social fora do núcleo empregador e submetida, desde a infância, a tarefas domésticas contínuas aprofunda a vulnerabilidade e a negação de direitos (MPT-SC, 2025).

Esse pano de fundo antecede o episódio que levou o caso ao noticiário: em junho de 2023, Sônia foi resgatada durante operação na residência do desembargador Jorge Luiz de Borba (TJSC), em Florianópolis (SC). Ele e a esposa, Ana Cristina Gayotto de Borba, passaram a ser investigados por suposta redução a condição análoga à de escravo ao longo de quatro décadas. A defesa nega a acusação e sustenta que Sônia seria “como membro da família” (León, 2024, s/p). Entregue em 1982 sob o pretexto de proteção, ela foi levada a outro estado sem ciência da família de origem e, por décadas, permaneceu em trabalho doméstico sem registro, acesso à escola ou cuidado médico adequado, com desenvolvimento comunicacional bloqueado. Em 2023, uma denúncia anônima motivou o resgate; contudo, pouco depois, decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) permitiu contatos com os investigados e viabilizou o retorno ao mesmo ambiente (CEJIL, 2025).

Dois meses após o resgate, o STJ autorizou o reencontro entre investigados e vítima e admitiu o retorno de Sônia ao domicílio, caso ela assim quisesse; e o retorno ocorreu. O relator divergiu da leitura do Ministério Público do Trabalho sobre a caracterização de condição análoga à de escravo, frisando que, no seu entender, a dinâmica familiar indicaria o contrário. A Defensoria Pública da União buscou o STF para impedir contatos até o fim da apuração, invocando normas protetivas de mulheres em situação de violência doméstica e o risco de constrangimento por parte dos investigados. Monocraticamente, o ministro André Mendonça negou o pedido, remetendo a controvérsia à 2ª Turma (León, 2025).

Enquanto isso, órgãos de controle e especialistas sublinharam o caráter paradigmático do caso para o trabalho doméstico. No Ministério Público do Trabalho, destacou-se que a decisão de permitir o retorno interrompeu o processo de ressocialização e normalizou uma relação assimétrica típica do ambiente privado. Auditores-fiscais do trabalho apontaram sinais materiais de exploração (alojamento em área externa da casa principal, trabalho de domingo a domingo, ausência de remuneração) e observaram que a “integração familiar” não se refletia nem mesmo nas imagens públicas da família. Do lado da família de origem, a irmã de Sônia contestou a narrativa defensiva e enfatizou o apagamento educacional e social a que a trabalhadora foi submetida, contrastando-o com a trajetória escolar e profissional dos demais (CEJIL, 2025).

Entende-se que o caso condensa marcadores clássicos do art. 149 do Código Penal

transpostos ao trabalho doméstico, ou seja, jornada exaustiva, condições degradantes, supressão de salário, isolamento, controle da vida privada, e mostra como a retórica de “cuidado” pode encobrir subordinação integral. Em 25 de abril de 2025, quatro Relatorias Especiais da ONU sobre tráfico de pessoas, direitos das pessoas com deficiência, formas contemporâneas de racismo e discriminação racial e formas contemporâneas de escravidão, junto com o Grupo de Trabalho sobre Discriminação contra Mulheres e Meninas, tornaram pública comunicação dirigida ao Estado brasileiro. O documento solicitou esclarecimentos oficiais e medidas urgentes no caso Sônia Maria de Jesus, por entender haver risco concreto de revitimização, possível violação de tratados internacionais e abertura de precedente negativo em matéria de proteção de vítimas no trabalho doméstico (CEJIL, 2025).

A nota internacional também registrou preocupação específica com decisão judicial que autorizou o retorno de Sônia ao domicílio onde teria ocorrido a exploração, providência descrita como contrária a protocolos nacionais e internacionais de tutela de vítimas de escravidão contemporânea e violência, com potencial para agravar danos. Além de informações detalhadas, as relatorias exigiram a indicação de políticas públicas e atos investigatórios adotados para garantir direitos de Sônia e de sua família, com atenção às vulnerabilidades agravadas de mulheres negras e pessoas com deficiência no contexto do trabalho doméstico. Essa cobrança veio na esteira de iniciativas anteriores: no fim de 2024, familiares de Sônia e organizações como a Comissão Pastoral da Terra, o CEJIL, o Instituto sobre Raça, Igualdade e Direitos Humanos e o Movimento Vidas Negras com Deficiência Importam haviam notificado a ONU, requerendo justiça e garantias de não repetição (CEJIL, 2025).

Enquanto o governo brasileiro responde à comunicação, as instâncias da ONU reforçaram a necessidade de cessar violações, evitar recorrências e assegurar responsabilização, inclusive mediante publicização das preocupações, dada a urgência e o interesse público do caso (CEJIL, 2025).

O caso de Sônia torna visíveis os mecanismos que sustentam a exploração no trabalho doméstico: a casa como espaço de poder privado, a retórica do “é da família” e a divisão sexual e racial do trabalho, entendida como forma de organização social que distribui tarefas e posições segundo gênero e raça, reservando às mulheres negras, de modo recorrente, funções de cuidado pouco reconhecidas e mal remuneradas. Para interromper esse ciclo, a resposta estatal precisa ser orientada por gênero e raça e centrada na vítima, articulando ações de proteção, responsabilização e cuidado público.

Do ponto de vista da saúde, a literatura em saúde coletiva já reconhece o trabalho análogo à escravidão como problema de saúde pública, não só pelos danos físicos ligados a jornadas exaustivas, más condições de moradia e alimentação, mas também pelos efeitos psíquicos associados à humilhação, à violência e à superexploração (Leão, 2016; Silva; Pestana, 2025). No trabalho doméstico, esses efeitos somam-se à natureza contínua e pouco reconhecida das tarefas de cuidado, à impossibilidade de separar tempo de trabalho e descanso e à dificuldade de denúncia, reforçando o desgaste físico e emocional das trabalhadoras (Sousa; Santos; Antoniassi Junior, 2021).

No caso específico das trabalhadoras domésticas remuneradas, revisões recentes indicam que a sobreposição de gênero, raça/etnia e classe estrutura formas persistentes de sofrimento psíquico, expressas em sentimentos de inferioridade, humilhação, medo de perder o emprego, sobrecarga de responsabilidades familiares e solidão, além de

queixas somáticas recorrentes e baixa qualidade de vida no trabalho (Lucena; Zambroni-de-Souza, 2024; Borges Ferreira do Nascimento; Silva Baccelli, 2025; Antoniassi Junior et al., 2023). Esses estudos mostram que jornadas extensas, controles rígidos da rotina, falta de tempo para lazer, educação e cuidado de si, aliados à informalidade e à desproteção legislativa, repercutem diretamente na saúde mental dessas mulheres. Documento recente do governo federal sobre trabalhadoras domésticas remuneradas indica que muitas vivem dupla jornada (trabalho remunerado e cuidado da própria família), com sobrecarga física e emocional, pouco ou nenhum tempo para autocuidado e maior risco de isolamento e solidão (Brasil, 2025d).

Em tese, o SUS dispõe de marcos normativos que podem servir de estrutura institucional para o cuidado integral dessas trabalhadoras. A PNSTT orienta a vigilância e a atenção integral a agravos relacionados ao trabalho, incluindo situações de exploração extrema (Brasil, 2012). Por sua vez, a Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher (PNAISM) organiza ações de promoção, prevenção e assistência voltadas ao ciclo de vida das mulheres, com foco em violência, saúde sexual e reprodutiva e condições crônicas (Brasil, 2011). Já a PNSIPN reconhece o racismo como determinante de saúde e estabelece diretrizes para enfrentá-lo no SUS, incluindo a qualificação do cuidado a mulheres negras em situação de vulnerabilidade (Brasil, 2013).

Outrossim, avanços legais, como o Seguro-Desemprego Especial (Lei 10.608/2002) e a Portaria 3.484/2021, estabeleceram fluxos organizados para denúncias, resgates e acompanhamento das vítimas. Essa rede envolve órgãos do Estado, como Ministério do Trabalho, Ministério Público do Trabalho, Polícia Federal e o SUAS, além de organizações da sociedade civil.

Na prática, contudo, a implementação dessas políticas revela gargalos importantes: dificuldade de identificação ativa de vítimas de trabalho em condições análogas à de escravo nos serviços de atenção básica, sub-registro de ocupação e raça/cor nos prontuários, baixa articulação entre saúde, fiscalização trabalhista e assistência social, além de oferta limitada de cuidado em saúde mental e de reabilitação para pessoas resgatadas (Leão, 2016; Silva, 2017; Borges Ferreira Do Nascimento; Silva Baccelli, 2025).

Como caso paradigmático, a partir do percurso de Sônia Maria de Jesus, é possível explicitar como essas normas podem operar como rede de proteção efetiva para mulheres negras submetidas a trabalho doméstico em condições análogas à de escravo. De um lado, políticas como a PNSTT, a PNAISM e a PNSIPN dispõem de uma base para organizar atenção integral, considerar o trabalho análogo à escravidão determinante de adoecimento, reconhecer o impacto do racismo e garantir cuidado específico para mulheres em situação de violência. De outro, o próprio desenrolar do caso mostra que há lacunas na identificação sistemática das necessidades de saúde após o resgate, na articulação entre SUS, assistência social e sistema de justiça e na garantia de proteção contra revitimização, sobretudo quando decisões judiciais relativizam a assimetria da relação e autorizam o retorno ao ambiente em que a exploração teria ocorrido. Nessa tensão entre o que está previsto nas diretrizes e o que se efetiva no território é que se coloca a discussão sobre continuidade do cuidado, reconstrução de vínculos sociais e fortalecimento da autonomia de trabalhadoras domésticas negras resgatadas. No entanto, o SUS ainda tem participação limitada nesse processo, visto que a saúde é tratada como resposta emergencial, o que restringe sua atuação. É essencial reconhecer o SUS como agente central na identificação, cuidado integral e recuperação das vítimas, integrando suas ações com outras políticas públicas de forma contínua, participativa e baseada na equidade.

É necessário investir mais na visibilidade e no fortalecimento de experiências já existentes, ampliando a articulação entre profissionais de saúde, movimentos sociais e instituições públicas. Além disso, é fundamental que o cuidado às trabalhadoras domésticas negras resgatadas seja orientado por uma perspectiva interseccional, com formação específica das equipes, protocolos claros de identificação e acompanhamento pós-resgate, garantia de acesso à saúde mental e à reabilitação e mecanismos de proteção contra a revitimização.

IV. Considerações finais

O percurso desenvolvido neste artigo permitiu relacionar o trabalho doméstico em condições análogas à de escravo à estrutura histórica de racialização e feminização desse setor no Brasil, mostrando como a exploração se concentra sobre mulheres negras e se apoia em narrativas de “cuidado” e pertença familiar para ocultar relações de dominação e supressão de direitos. A partir do caso de Sônia Maria de Jesus como eixo de análise, foi possível problematizar a atuação institucional diante de situações em que a casa se converte em espaço de controle, isolamento e violação de direitos humanos.

No campo da saúde, a discussão mostrou que, embora existam marcos normativos relevantes, a implementação ainda é limitada quando se trata de trabalhadoras domésticas negras resgatadas de trabalho em condições análogas à de escravo. Persistem fragilidades na identificação ativa dessas situações nos serviços, na articulação entre SUS, SUAS e sistema de justiça e na oferta de cuidado longitudinal em saúde mental e reabilitação. Nesse sentido, o artigo sustenta a necessidade de reconhecer o SUS como ator central na resposta a esse tipo de violência, com ações orientadas por uma perspectiva interseccional e intersetorial. A análise ora apresentada não pretende esgotar o tema, e sim contribuir para o debate sobre rotas de cuidado possíveis e apontar a importância de investigações empíricas futuras sobre trajetórias de saúde de trabalhadoras domésticas negras após o resgate.

Referências

- ANTONIASSI JUNIOR, Gilmar; SANTOS, Flávio Henrique Sousa; MOREIRA, Rosana Mendes Maciel; BERETTA, Regina Célia de Souza. Mulheres trabalhadoras domésticas e a qualidade de vida no trabalho. *Revista Psicologia, Diversidade e Saúde*, Salvador, v. 12, p. e4844, 2023. DOI: 10.17267/2317-3394rpsds.2023.e4844. Disponível em: <https://www5.bahiana.edu.br/index.php/psicologia/article/view/4844>. Acesso em: 17 dez. 2025.
- BORGES FERREIRA DO NASCIMENTO, Ana Laura; SILVA BACCELLI, Marcela. Os impactos psicossociais na saúde mental das trabalhadoras domésticas remuneradas brasileiras: uma revisão integrativa. *Mudanças: Psicologia da Saúde*, [S. l.], v. 33, p. e2025-001, 2025. DOI: 10.15603/2176-1019/mud.v33.pe2025-001. Disponível em: <https://revistas.metodista.br/index.php/mudancas/article/view/1728>. Acesso em: 17 dez. 2025.
- BORGES, Caio Afonso; ANABUKI, Luísa Nunes de Castro. O dano existencial no trabalho escravo doméstico. *Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano*, Campinas, v. 8, p. 1-39, 2025. DOI: 10.33239/rjtdh.v8.180

- BRASIL. *Emenda Constitucional nº 81, de 5 de junho de 2014*. Dá nova redação ao art. 243 da Constituição Federal. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 6 jun. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc81.htm. Acesso em: 17 dez. 2025.
- BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública; ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME. *Relatório nacional sobre tráfico de pessoas: dados 2017 a 2020*. [S.l.]: MJSP; UNODC, 2021. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/relatorio-de-dados-2017-2020.pdf. Acesso em: 15 ago. 2025.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Política Nacional de Atenção Integral à Saúde da Mulher: princípios e diretrizes*. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2011.
- BRASIL. Ministério da Saúde. *Portaria nº 1.823, de 23 de agosto de 2012*. Institui a Política Nacional de Saúde do Trabalhador e da Trabalhadora. Diário Oficial da União: seção 1, Brasília, DF, 24 ago. 2012.
- BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria de Gestão Estratégica e Participativa. Departamento de Apoio à Gestão Participativa. *Política Nacional de Saúde Integral da População Negra: uma política para o SUS*. 2. ed. Brasília, DF: Ministério da Saúde, 2013.
- BRASIL. Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome (MDS). *Estudo revela desigualdades regionais e exaustão crônica entre trabalhadoras domésticas no Brasil*. Brasília, DF: Ministério do Desenvolvimento e Assistência Social, Família e Combate à Fome, 12 jun. 2025d. Disponível em: <https://www.gov.br/mds/pt-br/noticias-e-conteudos/desenvolvimento-social/noticias-desenvolvimento-social/estudo-revela-desigualdades-regionais-e-exaustao-cronica-entre-trabalhadoras-domesticas-no-brasil>. Acesso em: 17 dez. 2025.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Grupo Móvel do MTE completa 30 anos na luta contra o trabalho escravo*. 14 maio 2025b. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2025/maio/grupo-movel-do-mte-completa-30-anos-na-luta-contra-o-trabalho-escravo>. Acesso em: 15 ago. 2025.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *MTE resgata idosa no interior do Ceará: ação de fiscalização afastou trabalhadora de 61 anos de trabalho análogo ao de escravo doméstico no município do Crato, na região do Cariri*. 11 ago. 2025c. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2025/agosto/mte-resgata-idosa-no-interior-do-ceara>. Acesso em: 15 ago. 2025.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Resgates em ações de fiscalização do MTE escancaram trabalho escravo doméstico no país*. Portal MTE, Brasília, 14 maio 2024. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2024/Maio/resgates-em-aco-es-de-fiscalizacao-do-mte-escancaram-trabalho-escravo-domestico-no-pais-1>. Acesso em: 17 dez. 2025.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalhadora doméstica é resgatada de situação análoga à escravidão em Manaus após 22 anos de exploração*: ação coordenada pelo Ministério do Trabalho e Emprego contou com a participação do MPT, PF e DPU; vítima iniciou o trabalho aos 12 anos e vivia em condições degradantes, sem salário, educação ou liberdade. 6 jun. 2025d. Disponível em: <https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2025/junho/forca-tarefa-resgata-mais-uma-vitima-de-trabalho-domestico-analogo-a-escravidao-em-manaus-am>. Acesso em: 15 ago. 2025.
- BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalho doméstico e igualdade*: a luta das trabalhadoras domésticas por dignidade e reconhecimento. Brasília, DF, 04 jun. 2025a. Disponível em: https://www.gov.br/trabalho-e-emprego/pt-br/noticias-e-conteudo/2025/junho/trabalho-domestico-e-igualdade-a-luta-das-trabalhadoras-domesticas-por-dignidade-e-reconhecimento?utm_source. Acesso em: 15 dez. 2025.
- BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei do Senado n. 432, de 18 de outubro de 2013*. Dispõe sobre a expropriação das propriedades rurais e urbanas onde se localizem a exploração

de trabalho escravo e dá outras providências. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/114895>. Acesso em: 15 ago. 2025.

• CÁRITAS BRASILEIRA. Pessoas negras são maioria entre resgatados do trabalho escravo contemporâneo. *Cáritas Brasileira*, Brasília, 21 nov. 2024. Disponível em: <<https://caritas.org.br/noticias/pessoas-negras-sao-maioria-entre-resgatados-do-trabalho-escravo-contemporaneo>>. Acesso em: 17 dez. 2025.

• CENTRO PELA JUSTIÇA E O DIREITO INTERNACIONAL (CEJIL). *A ONU publicizou carta na qual cobra informações ao Estado brasileiro sobre a situação de Sônia Maria de Jesus*. 25 abr. 2025. Disponível em: <https://cejil.org/pt-br/comunicado-de-prensa/a-onu-publicizou-carta-na-qual-cobra-informacoes-ao-estado-brasileiro-sobre-a-situacao-de-sonia-maria-de-jesus/>. Acesso em: 15 ago. 2025.

• DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *O trabalho doméstico 10 anos após a PEC das Domésticas*. São Paulo: DIEESE, 2023. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2023/estPesq-106trabDomestico.pdf>. Acesso em: 17 dez. 2025.

• DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *Boletim especial – Apesar dos avanços, desigualdade racial de rendimentos persiste*: 20 de novembro – Dia da Consciência Negra. São Paulo: DIEESE, 20 nov. 2024. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2024/conscienciaNegra.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2025.

• DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICA E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS (DIEESE). *As dificuldades das trabalhadoras e dos trabalhadores domésticos no Brasil*. São Paulo: DIEESE, 27 abr. 2025. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/boletimespecial/2025/trabalhoDomestico.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2025.

• GELEDÉS – Instituto da Mulher Negra. Brasil flagra 2.000 escravizados em 2024; resgate na BYD foi o maior do ano. *Geledés – Portal*, São Paulo, 28 jan. 2025. Disponível em: <<https://www.geledes.org.br/brasil-flagra-2-000-escravizados-em-2024-resgate-na-byd-foi-o-maior-do-ano/>>. Acesso em: 17 dez. 2025.

• GONÇALVES, I. O conceito contemporâneo de trabalho análogo à escravidão à luz da jurisprudência da Corte e Comissão Interamericanas de Direitos Humanos. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região*, v. 24, n. 2, p. 68-77, 14 jan. 2021.

• GONZALEZ, Lélia. Racismo e sexismo na cultura brasileira. *Revista Ciências Sociais Hoje*, [S. l.], v. 2, n. 1, p. 230, 1984.

• INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). *Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Continua: quarto trimestre de 2023*. Rio de Janeiro: IBGE, 2024. Disponível em: https://ftp.ibge.gov.br/Trabalho_e_Rendimento/Pesquisa_Nacional_por_Amostra_de_Domicilios_continua/Trimestral/Fasciculos_Indicadores_IBGE/2023/pnadc_202304_trimestre_caderno.pdf. Acesso em: 17 dez. 2025.

• INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Mulheres negras são 69,9% no serviço doméstico ou de cuidados no Brasil*: estudos do Ipea também destacam desigualdades de gênero e raça na subutilização da força de trabalho e a escassez de dados sobre licença-paternidade. 19 mar. 2025. Atualizado em: 9 maio 2025. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/categorias/45-todas-as-noticias/noticias/15656-mulheres-negras-sao-69-9-no-servico-domestico-ou-de-cuidados-no-brasil>. Acesso em: 15 ago. 2025.

• LEÃO, Luís Henrique da Costa. Trabalho escravo contemporâneo como um problema de saúde pública. *Ciência & Saúde Coletiva*, 2016, v. 21, n. 12; pp. 3927-3936. Disponível em: <https://doi.org/10.1590/1413-812320152112.12302015>. Acesso em: 17 dez. 2025.

• LEÓN, Lucas Pordeus. Caso Sônia é desastroso para combater trabalho escravo, alerta auditor: audiência na Comissão de Direitos Humanos abordou o assunto. Brasília, DF: Agência Brasil, 6 maio 2024. Disponível em: <<https://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2024-05/caso-sonia-e-desastroso-para-combater-trabalho-escravo>>.

alerta-auditor\>. Acesso em: 15 ago. 2025.

- LUCENA, Maria do Socorro Roberto de; ZAMBRONI-DE-SOUZA, Paulo César. Trabalho e saúde mental de mulheres trabalhadoras domésticas diaristas em contexto pandêmico. *Psicologia: Ciência e Profissão, Brasília*, v. 44, e270424, 2024. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/pcp/a/9j7BpyC84wzsqyb79bk4Rnz/>. Acesso em: 17 dez. 2025.
- PORTO, Rosane Teresinha Carvalho. *Meu lugar no mundo: entre percursos e resistências*. (2025). Ijuí: Unijuí.
- PROCURADORIA REGIONAL DO TRABALHO DA 12ª REGIÃO (MPT-SC). “*Como se fosse da família*”: caso Sônia expõe continuidade da escravidão doméstica no Brasil. Florianópolis, 13 maio 2025. Disponível em: <https://www.prt12.mpt.mp.br/procuradorias/prt-florianopolis/1640-como-se-fosse-da-familia-caso-sonia-expoe-continuidade-da-escravidao-domestica-no-brasil>. Acesso em: 15 ago. 2025.
- SAKAMOTO, Leonardo. Megaoperação resgata 532 escravizados, incluindo jovens e idosa de 90 anos. *Repórter Brasil*, São Paulo, 06 set. 2023. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2023/09/megaoperacao-resgata-532-escravizados-incluindo-jovens-e-idosa-de-90-anos>. Acesso em: 17 dez. 2025.
- SILVA, Rita de Cássia. Trabalho escravo contemporâneo e os impactos na saúde. *Cadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, [S. l.], v. 6, p. 413–419, 2017. Disponível em: <https://www.cadernos.prodisa.fiocruz.br/index.php/cadernos/article/view/1094..> Acesso em: 17 dez. 2025.
- SOUSA, Mireli Luzia Santos; SANTOS, Flávio Henrique Sousa; ANTONIASSI JUNIOR, Gilmar. MULHERES TRABALHADORAS DOMÉSTICAS. *Psicologia e Saúde em debate*, [S. l.], v. 7, n. 1, p. 362–375, 2021. DOI: 10.22289/2446-922X.V7N1A25. Disponível em: <https://psicodebate.dpgpsifpm.com.br/index.php/periodico/article/view/767>. Acesso em: 17 dez. 2025.

El impacto jurídico del DNU 70/2023 en el sistema sanitario argentino: entre la liberalización y la tutela judicial

The legal impact of DNU 70/2023 on the Argentine health system: between liberalization and judicial protection

Camila Wanda Landeyro¹; Paloma Castiglione²; Cecilia Avelina Manrique³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)56](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)56)

Fecha de envío: 30.05.2025

Fecha de aceptación: 11.07.2025

RESUMEN:

Este artículo analiza -desde un enfoque exploratorio y descriptivo- el impacto del Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 70/2023 emitido por Javier Milei en el ámbito del derecho a la salud en Argentina. Se analizan las modificaciones introducidas en los mecanismos de control de precios de las cuotas de las obras sociales y empresas de medicina prepaga, así como los mecanismos legales que se promovieron para detener su implementación. A partir del análisis de fuentes normativas, jurisprudenciales y bibliográficas, se advierte que las medidas adoptadas avanzan hacia una mercantilización del sistema sanitario bajo el argumento de resolver la crisis económica del sector, lo que tensiona la garantía de acceso a la salud. En este marco, la intervención judicial funciona como un contrapeso que reafirma la salud como un derecho y la obligación indelegable del Estado de garantizarlo.

1 Abogada (UNLP). Becaria Doctoral CIC (ICJ-UNLP). Doctoranda en Ciencias Políticas (UNSAM). Integrante de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Investigadora categoría V (FCJyS-UNLP). Correo electrónico: camilawanda2014@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9634-2456>

2 Licenciada en Relaciones Internacionales (UNICEN). Becaria Doctoral CIC (CEPIL-UNICEN). Doctoranda en Ciencias Políticas (UNSAM). Correo electrónico: paloma.ykc@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6198-5577>

3 Abogada (UNLP). Estudiante de la Especialización en Derecho de la Salud (UBA). Integrante de la Asociación Argentina de Derecho Procesal (AADP). Correo electrónico: cmanrique.abog@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-8868-0384>

ABSTRACT

This paper analyzes—from an exploratory and descriptive perspective—the impact of Decree of Necessity and Urgency (DNU) 70/2023, issued by Javier Milei, on the right to health in Argentina. It examines the modifications introduced to the price control mechanisms for social security and private health insurance premiums, as well as the legal mechanisms promoted to halt its implementation. Based on an analysis of regulatory, jurisprudential, and bibliographic sources, it is observed that the measures adopted advance the commodification of the healthcare system under the pretext of resolving the sector's economic crisis, thereby straining the guarantee of access to healthcare. In this context, judicial intervention acts as a counterweight, reaffirming health as a right and the State's non-delegable obligation to guarantee it.

PALABRAS CLAVE: DNU 70/2023 ; derecho a la salud; desregulación.

KEY WORDS: DNU 70/2023 ; right to health; desregulation

I. Introducción

El ascenso de Javier Milei a la presidencia de la Nación en diciembre de 2023 inauguró un proceso de reformas estructurales en diversos ámbitos -laboral, salud, fiscal, sindical y científico- con el fin de reducir los controles estatales. Bajo el supuesto de que el Estado funciona como una caja negra, se justificaron las reformas con el argumento de que ello permitiría mejorar la calidad institucional y, en consecuencia, propiciar la reactivación económica (North, 1990 ⁴).

En el campo de la salud, las primeras modificaciones fueron a partir del Decreto de Necesidad y Urgencia (en adelante DNU 70/2023), que implementó diferentes reformas, entre ellas el régimen jurídico de control estatal sobre las obras sociales y las empresas de medicina prepaga, habilitando incrementos de cuotas sin supervisión previa. Estas medidas reabrieron el debate sobre los límites constitucionales de la desregulación y el rol del Estado en un sector tan sensible.

Diversos autores advierten que este tipo de reformas, al reducir los mecanismos de intervención pública, ponen en tensión la soberanía sanitaria, entendida como la capacidad estatal de producir, regular y garantizar los insumos y acciones necesarios para hacer efectivo el derecho a la salud. Cuando esa capacidad se debilita -señalan- existe el riesgo de que el acceso a la salud quede cada vez más condicionado por las dinámicas del mercado (Fonseca, 2022; Gómez-Arias, 2022). Sin embargo, otros autores sostienen que estas reformas pueden ser parte de la solución a los desequilibrios financieros del sistema, ya que una menor intervención estatal permitiría mejorar la eficiencia y la sostenibilidad del sector (Bertensy Vong, 2020 ⁵).

El objetivo de este artículo es analizar el impacto del DNU 70/2023 en el derecho a la salud, poniendo el foco en tres ejes: la desregulación del sistema sanitario, los mecanismos legales de resistencia y la redefinición del rol estatal frente al mercado. Se trata de un estudio exploratorio y descriptivo donde se aplica como enfoque metodológico la revisión

⁴ Traducción propia.

⁵ Traducción propia.

de fuentes documentales -normas, sentencias judiciales, resoluciones administrativas, artículos periodísticos y bibliografía especializada-, que busca identificar las principales transformaciones jurídicas y sus implicancias en el derecho a la salud en Argentina.

El artículo se organiza en seis secciones. En primer lugar, se analizan las reformas implementadas en el campo del derecho a la salud a partir de la entrada en vigencia del DNU 70/2023. En segundo lugar, se abordan las perspectivas teóricas que permiten comprender la tensión entre la salud como derecho y la salud como bien de mercado. En tercer lugar, se hace referencia a la estructura del sistema de salud argentino y su financiamiento, destacando los efectos de la desregulación sobre la función reguladora y garante del Estado. En cuarto lugar, se centra en el régimen jurídico de los contratos de medicina prepaga, los derechos de los usuarios y las prácticas empresariales derivadas del nuevo marco normativo. Finalmente, se examinan los mecanismos legales que se implementaron tras la entrada en vigencia del DNU 70/2023 y las decisiones que restablecieron los límites al mercado.

II. Transformaciones recientes en el derecho a la salud en Argentina

Tras el dictado del DNU 70/2023 se modificó el régimen jurídico de control estatal sobre las obras sociales y las empresas de medicina prepaga. Esta reforma reactivó debates previos acerca de la conveniencia de un modelo de provisión estatal o privado de los servicios de salud, cuestión sobre la cual no existe aún consenso, ni en la esfera política ni en la académica. No obstante, ambas perspectivas coinciden en que, en cualquiera de los modelos, subsisten barreras que dificultan el acceso efectivo de numerosos sectores a la protección de su salud.

En el caso argentino, Castañón López (2023) sostiene que las reformas respondieron a la crisis económica que impactaba en los costos sanitarios y en la sostenibilidad del sistema de salud privado. En ese marco, se estableció un nuevo esquema normativo orientado a aumentar la competitividad y la eficiencia del sector, mediante cambios en la Ley 23.660 (obras sociales) y la Ley 26.682 (medicina prepaga).

Entre los cambios más relevantes, estuvieron:

a. Sistema de empresas de medicina prepaga

El DNU 70/2023 incorporó a las empresas de medicina prepaga al régimen de la Ley 23.660, lo que permitió a los trabajadores derivar sus aportes directamente a estas entidades y las reconoció como agentes del seguro de salud (arts. 270 y 311). Por esta modificación, las empresas de medicina prepaga accedieron al Fondo Solidario de Redistribución (FSR), que posteriormente fue reformado por el DNU 600/2024.

Asimismo, las reformas a la Ley 26.682 eliminaron los controles y autorizaciones estatales sobre el valor de las cuotas y los modelos de contrato de afiliación. Además, se eliminó la obligación del art. 5 inc.m de la Ley N°26.682 de que, en caso de quiebra, cierre o cese de actividades de una empresa de medicina prepaga, la autoridad de aplicación transfiera la cobertura de los afiliados a otro prestador.

b. Venta de medicamentos fuera de farmacias.

Otras de las modificaciones del DNU 70/2023 -en los arts. 313 a 325- fue modificar la

Ley de Farmacia N.º 17.565 para autorizar la venta de medicamentos de venta libre en comercios no farmacéuticos. Sin embargo, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal suspendió esta medida tras resolver la acción declarativa de inconstitucionalidad en la causa “Confederación Farmacéutica Argentina (COFA) y otro c/ EN-DNU 70/23 (Expte. 48466/2023)”, al considerar que representaba un riesgo para la salud pública. En esa causa, las entidades farmacéuticas habían solicitado declarar inconstitucionales los artículos del decreto que habilitaban la venta fuera del canal profesional.

c. Producción pública de medicamentos.

El artículo 264 del DNU 70/2023 derogó la Ley 27.113, que declaraba de interés nacional la producción pública de medicamentos, y dispuso la disolución de la Agencia Nacional de Laboratorios Públicos (ANLAP).

d. Centralización de la gestión hospitalaria.

En 2025 se dictaron los Decretos 458/2025 y 459/2025, que crearon la Administración Nacional de Establecimientos de Salud (ANES). Esta nueva entidad concentró la gestión de varios hospitales nacionales - Posadas, Sommer, Carrillo, Bonaparte y el Instituto de Rehabilitación del Sur- y absorbió o eliminó institutos especializados, bajo el argumento de eficiencia y transparencia.

También, el Poder Ejecutivo absorbió el Instituto Nacional del Cáncer dentro del Ministerio de Salud, eliminó el Instituto Nacional de Enfermedades Cardiovasculares y fusionó el Instituto Nacional de Medicina Tropical con el Malbrán. Alvez (2025) señala que, si bien estas medidas fueron anunciadas con el propósito de mejorar la eficiencia, implican una pérdida de autonomía técnica y una reducción tanto de estructuras como de equipos especializados dentro del sistema público de salud.

A todo esto, Rubinstein y Mossialos (2025) señalan que el presupuesto del Ministerio de Salud cayó un 13 % en términos reales entre 2024 y 2025, afectando gravemente programas esenciales de vacunación y prevención de VIH. A esto se suman la salida de Argentina de la OMS y la suspensión de la compra pública de misoprostol y mifepristona. En este marco, las reformas impulsadas por el gobierno de Milei tienden a redefinir el rol del Estado en materia de salud, lo que reabre el debate sobre el equilibrio adecuado entre regulación pública y dinámicas de mercado en la provisión de servicios sanitarios.

III. La salud como campo de disputa: debates sobre el sistema público o privado.

El debate sobre cuál sistema es eficaz -público o privado- permanece abierto. La literatura recoge argumentos tanto a favor como en contra de una mayor participación del sector privado, configurando un campo de disputa respecto del modelo más adecuado a adoptar.

Aquellas posturas que están a favor de una mayor participación del sector privado, señalan como beneficios una mayor libertad de elección, incentivos a la innovación tecnológica y competencia (Bertensy Vong, 2020⁶; Dave et al., 2024⁷). Sobre esto último la OECDE⁸ (2025) sostiene que la competencia favorece prestadores más dinámicos y menos

6 Traducción propia.

7 Traducción propia.

8 Traducción propia.

burocráticos, lo que puede traducirse en menores tiempos de espera y una mejor organización de los recursos, particularmente en la atención primaria y ambulatoria (OECD, 2025).

Las posiciones críticas respecto del avance del sector privado destacan que su funcionamiento no es plenamente autónomo, sino que depende de manera estructural de recursos y capacidades provistas por el sistema público. Lapidus⁹ (2022) menciona que el sector privado recibe subsidios directos e indirectos -como exenciones impositivas, uso de servicios públicos o profesionales formados en universidades estatales-, lo que relativiza la idea de un mercado sanitario estrictamente separado del ámbito público.

Sin embargo, el sistema público de salud no está ajeno a críticas. Diversos estudios señalan "problemas persistentes, tales como la fragmentación del sistema, fallas de coordinación y comunicación, las desigualdades territoriales en el acceso y la falta de tecnología de vanguardia, tanto en equipamiento diagnóstico como en infraestructura digital, lo que reduce su capacidad de respuesta y profundiza las brechas de calidad respecto del sector privado (Luzuriaga, 2023).

También, Luzuriaga (2023) señala el infrafinanciamiento histórico de los sistemas públicos latinoamericanos, un factor que incide en la dificultad para sostener infraestructura, equipamiento y condiciones laborales adecuadas. Esta dinámica contribuye a la incapacidad para retener personal especializado y favorece la migración de profesionales hacia otros sectores o países, reduciendo la capacidad operativa del sector público (OECD, 2025).

Por último, también se menciona la presencia de prácticas corruptas y el deterioro institucional, junto con situaciones de captura de la gestión por intereses corporativos o políticos que afectan la capacidad regulatoria del Estado (Laurell, 2017). Se advierte que el sector privado vinculado al campo de la salud, tiene cierta tendencia a la concentración de mercado -oligopolio, aumento en los costos del sistema, lo que genera barreras en el acceso a la salud (Hanson et al., 2008¹⁰; Biehl et al., 2016¹¹). Como sostienen Bisceglia et al. (2023)¹², el mercado sanitario se caracteriza por barreras de entrada elevadas y escasa competencia, factores que permiten a unos pocos actores fijar precios altos y condicionar el funcionamiento del sistema en su conjunto.

En este contexto, la salud pública se convierte en un espacio en disputa, atravesado por la tensión entre los intereses del sector privado y la capacidad de los gobiernos para sostener marcos regulatorios que aseguren un funcionamiento equilibrado del sistema y eviten los efectos derivados de estructuras de mercado altamente concentradas (Hufty et al., 2006¹³).

A nivel global, los litigios por salud han ido en aumento, puntualmente Gusman (2021) señala que los amparos se vuelven la vía a la que recurren las personas cuando los altos costos, la burocracia o las demoras -presentes en sistemas públicos y privados- impiden

9 Traducción propia.

10 Traducción propia.

11 Traducción propia.

12 Traducción propia.

13 Traducción propia.

que la población acceda al derecho a la salud. La judicialización de la salud se ha convertido en una forma de resistencia ciudadana y también opera como un mecanismo de rendición de cuentas no sólo del poder corporativo, sino también del Estado (Socal et al., 2020)¹⁴.

En el caso argentino, la liberalización impulsada por el DNU 70/2023 debe situarse en un contexto de elevada inflación y fuertes tensiones financieras dentro del sector privado de la salud. El DNU 70/2023 justificó la desregulación tarifaria como forma de evitar un deterioro económico de las empresas de medicina prepaga, que reclamaban mayores márgenes de ajuste para sostener su estructura de costos y evitar riesgos de inviabilidad. Sin embargo, también generó efectos no deseados: facilitó la aplicación de aumentos coordinados entre las principales empresas del sector, dinámicas de concentración y redujo los mecanismos de control del Estado. Además en este contexto, siempre hay sectores de nuestra población que se ven más afectados, como es el caso de la población adulta mayor.

Por ello, los litigios contra el DNU 70/2023 pueden entenderse como la activación de un mecanismo judicial, pero también una disputa estructural entre soberanía pública que impacta en la cláusula de progresividad de los derechos reconocidos en los instrumentos internacionales¹⁵, donde se define si la salud continuará siendo un derecho-cláusula de progresividad o se consolidará como un bien de mercado (Becker et al., 2009¹⁶; De Ortúzar y Médici, 2019; Herzog, 2020¹⁷).

A continuación, se analizará la estructura del sistema de salud argentino, su organización institucional y sus fuentes de financiamiento, con el fin de evaluar cómo las reformas recientes inciden en su dinámica interna y en la efectividad del derecho a la salud.

IV. El sistema de salud en Argentina.

El Estado en el sistema de salud tiene tres importantes funciones: regular, controlar y garantizar que las personas puedan acceder a medicamentos, tratamientos. Sin embargo, con el paso del tiempo, estas funciones se han visto alteradas por decisiones políticas que han modificado el rol del Estado (Abramovich y Pautassi, 2008; Gusman, 2021; Marrera, 2021).

Los primeros procesos de reforma del sistema de salud argentino se remontan hacia 1957, cuando se inició la transferencia de los servicios públicos de salud desde la Nación hacia las provincias y municipios, proceso que se profundizó durante los gobiernos de facto (Massano, 2023).

Hacia fines de las décadas de 1970 y 1980 -y con mayor intensidad durante los años

14 Traducción propia.

15 La cláusula de progresividad constituye un principio estructural del derecho internacional de los derechos humanos, que impone a los Estados la obligación de avanzar en pro de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales, evitando todo retroceso. En el plano universal, esta obligación se encuentra expresamente consagrada en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el artículo 1 del Protocolo de San Salvador. En el orden interno, la Constitución Nacional Argentina, mediante el artículo 75 inciso 22, otorga jerarquía constitucional a estos tratados, y el artículo 75 inciso 23 refuerza el deber del Congreso de dictar medidas de acción positiva tendientes a garantizar la igualdad real y la vigencia efectiva de tales derechos.

16 Traducción propia.

17 Traducción propia.

noventa- se consolidó una etapa caracterizada por la privatización de las empresas estatales y la mercantilización de los servicios de salud (Echeverri, 2008; Médici, 2002).

Los cambios introducidos en el sistema de salud argentino a lo largo del tiempo no lograron fortalecerlo; por el contrario, profundizaron su fragmentación y desigualdad. Como advierte Fidalgo (2008), el Estado nacional quedó relegado a un rol residual, interviniendo únicamente cuando los prestadores privados no quieren o no pueden brindar cobertura.

Sin embargo, estas transformaciones no solo modificaron la estructura del sistema, sino que abrieron una disputa permanente en torno a quién ejerce el poder de regular y controlar la salud: si el Estado, en su función de garante del derecho, o los actores económicos, a través de la lógica del mercado. Como señala Azpiazu (1999), el proceso de reformas implicó un traslado del poder hacia el mercado y una confianza excesiva en su capacidad de autorregulación. La desregulación no significó la ausencia de normas, sino la creación de nuevas reglas dominadas por grandes grupos económicos, que consolidaron posiciones oligopólicas promoviendo la concentración del capital.

Como resultado de estas transformaciones, el sistema de salud argentino se organiza en tres sectores: público, seguro social y privado, todos con distintos grados de fragmentación (Belló y Becerril-Montekio, 2011; Maceira, 2018).

Desde una mirada centrada en el financiamiento, es posible distinguir dos grandes componentes del sistema de salud: un sistema público y un sistema contributivo. Esta distinción permite analizar cómo los recursos económicos influyen en el acceso y la calidad de la atención sanitaria, por lo que a continuación se describen las características principales de cada uno.

a. El sector público está integrado por los distintos órganos, ministerios, red de hospitales y centros de salud que conforman el nivel federal: el gobierno nacional, las provincias, los municipios y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Este sistema brinda atención gratuita a toda persona que lo requiera, especialmente a aquellas sin cobertura de seguridad social ni capacidad de pago. Además, dentro de este sistema se incluyen programas especiales, como por ejemplo el Programa Federal Incluir Salud para aquellas personas que son beneficiarias de una Pensión no Contributiva (PNC)¹⁸. El financiamiento de este sistema proviene de recursos fiscales y, en algunos casos, de pagos del sistema de seguridad social cuando atiende a sus afiliados.

b. El sistema contributivo: se conforma a partir de los recursos que aportan los trabajadores del sector público, del sector privado y cuentapropista. Los actores que se encargan de gestionar son los que se detallan a continuación::

Tabla 1: Estructura del sistema contributivo

¹⁸ Titulares de pensiones asistenciales: madres con siete hijos o más (Ley 23476), personas con discapacidad, con invalidez (Ley 18910), mayores de 70 años en situación de pobreza (Ley 13478). Beneficiarios de pensiones por leyes especiales: ex-combatientes de Malvinas, familiares de desaparecidos, precursores de la Antártida Argentina, ganadores de Premios Nobel u Olímpicos, prelados, etc. Beneficiarios de pensiones graciables: personas designadas por legisladores del Congreso Nacional.

Obras sociales	Obras sociales estatales	Cada provincia cuenta con una Obra Social propia que brinda cobertura a los empleados públicos de su jurisdicción. En el caso de la provincia de Buenos Aires, esa función la cumple el Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), que prestan servicios de salud a trabajadores estatales bonaerenses, familiares a cargo y también a quienes se retiran jubilados del sistema estatal. Además, existen organismos específicos como el Programa de Atención Médica Integral (PAMI), destinado a los jubilados y pensionados del sistema previsional nacional y a sus grupos familiares. También existen obras sociales estatales que se crean por rama de actividad, como es el caso de la obra social de la policía federal denominada Superintendencia de Bienestar y regulada por Decreto 1866/83.
	Obras sociales sindicales	Las Obras Sociales sindicales están vinculadas a los sindicatos y brindan cobertura a los trabajadores de cada rama de actividad. Se financian con los aportes de los trabajadores y empleadores y, en la mayoría de los casos, operan mediante convenios con prestadores privados. Muchas de estas obras sociales también admiten la afiliación de monotributistas, lo que permite que los trabajadores independientes accedan a una cobertura médica similar. Ejemplos de ello son OSECAC (empleados de comercio), Unión Personal y OSPRERA (trabajadores rurales). El listado de obras sociales habilitadas para monotributistas depende de las disposiciones del Estado Nacional.
Sistema privado	Empresas de medicina prepaga (EMP)	Son entidades de seguro voluntario que ofrecen planes de salud privados a cambio de una cuota mensual. Estas empresas cuentan con redes propias de profesionales y establecimientos asistenciales.
	Entidades no lucrativas	Por otro lado, las cooperativas, mutuales, asociaciones civiles de salud son entidades sin ánimo de lucro que ofrecen planes de salud, pero a diferencia de las Obras Sociales y las empresas de medicina prepaga, operan bajo un modelo basado en la cooperación y ayuda mutua (Belló y Becerril-Montekio, 2011). Sin embargo, aunque no persiguen fines de lucro, estas entidades actúan como agentes que operan en el mercado, desempeñándose tanto como prestadores de servicios (brindando atención médica a sus afiliados) como demandantes (contratando servicios de profesionales y establecimientos de salud). Por ejemplo, el Hospital Italiano de Buenos Aires es una asociación civil sin fines de lucro dedicada al cuidado integral de la salud.

Fuente: Elaboración propia.

Considerando esta estructura, se observa que el sistema de salud argentino combina diversos regímenes de financiamiento, gestión y acceso, lo que produce una alta fragmentación entre los diferentes sectores -público, contributivo y privado-).

Por ello resulta fundamental analizar cómo se reconoce el derecho a la salud y qué mecanismos de protección existen en el ámbito de las empresas de medicina prepaga, un espacio de particular disputa donde el DNU 70/2023 introdujo las principales transformaciones, tal como se analizó anteriormente.

V. La protección del derecho a la salud en los contratos de medicina prepaga.

La actividad de las empresas de medicina prepaga se encuentra regulada principalmente por la Ley N.º 26.682, que establece el régimen aplicable al sector. En su funcionamiento y en la relación con los afiliados, estas entidades están alcanzadas por la Ley N.º 24.240 de Defensa del Consumidor, además de las normas nacionales e internacionales de derechos humanos suscriptas por la Argentina.

Este entramado refleja un sistema de integración normativa, en el que conviven disposiciones de derecho público, privado y de derechos humanos, que en conjunto buscan garantizar la protección integral del derecho a la salud y equilibrar la posición asimétrica entre las empresas y los usuarios. Esto se debe a que -aunque su actividad es de naturaleza comercial- los servicios que brindan están directamente relacionados con el derecho a la vida y a la salud. Este criterio ha sido sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) desde el año 2001 en el caso *Etcheverry, Roberto Eduardo c/ Omint Sociedad Anónima y Servicios* hasta en la actualidad.

En el marco del sistema sanitario argentino, los contratos de medicina prepaga se definen como aquellos mediante los cuales una de las partes se compromete a brindar servicios médicos -por sí o por terceros- a favor de los beneficiarios, bajo la condición suspensiva de que ocurra una determinada enfermedad, a cambio del pago anticipado y periódico de una cuota (Lorenzetti, 2009, p. 330).

La doctrina caracteriza al contrato de medicina prepaga como bilateral, consensual, oneroso y aleatorio, el cual, a partir de la sanción de la Ley 26.682, adquirió carácter nominado y regulado. En general, se presenta como un contrato de adhesión, con cláusulas predisuestas por la empresa, y reviste naturaleza de consumo y de ejecución continuada. Su objeto -la prestación de un servicio esencial de interés público- se estructura a través de una red contractual conexa, integrada por los prestadores que las entidades organizadoras contratan para garantizar la atención médica de los afiliados (Ritto, 2016). Además, la doctrina lo clasifica como un contrato de adhesión, de larga duración y de consumo, cuyas particularidades se desarrollan a continuación.

• **Adhesión:** El Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCom), en su artículo 984, define los contratos de adhesión como aquellos en los que “uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predisuestas unilateralmente por la otra parte o por un tercero, sin haber participado en su redacción”. En este tipo de contratos, las condiciones son fijadas de antemano por una de las partes -en este caso, la empresa de medicina prepaga, mientras que el adherente se limita a aceptarlas o rechazarlas en bloque, sin posibilidad de negociación individual.

- **Larga duración:** El artículo 1011 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCom) define los contratos de larga duración como aquellos en los que el tiempo constituye un elemento esencial para el cumplimiento del objeto y la satisfacción de las necesidades contractuales. En este tipo de vínculos, las partes deben ejercer sus derechos bajo un deber de colaboración y reciprocidad, atendiendo a la totalidad del período pactado. Asimismo, la parte que decida rescindir el contrato debe otorgar a la otra una oportunidad razonable de renegociar de buena fe, evitando incurrir en un ejercicio abusivo de sus derechos.

En los contratos de medicina prepaga, la duración reviste especial relevancia, ya que los afiliados realizan pagos anticipados con el propósito de garantizar su cobertura médica futura. Desde una perspectiva económica, este esquema se sostiene en el ahorro forzoso de los afiliados y en la utilización del capital anticipado que éstos aportan mediante el pago periódico de cuotas. La relación entre costos y beneficios sigue una curva de utilidad marginal inversa: en las etapas iniciales, las empresas registran una rentabilidad elevada porque los usuarios abonan las cuotas pero utilizan escasamente los servicios. Con el tiempo, el envejecimiento de la población y el aumento de las necesidades médicas incrementan la demanda de prestaciones, reduciendo los márgenes de ganancia y tensionando la sostenibilidad del sistema (Gherzi, 1999).

- **Consumo:** Teniendo en cuenta que una persona celebra este contrato con el fin de obtener un servicio/prestación, se trata de una relación de consumo (art. 3 de la Ley 24.240) por lo que resultan aplicables las disposiciones de la Ley 24.240 que son de orden público, independientemente si el servicio lo provea una empresa o una entidad sin fines de lucro (Shina, 2024).

Algunas de las disposiciones aplicables son sobre: cláusulas abusivas y al derecho a la información.

En relación a las cláusulas abusivas, la Ley de Defensa del Consumidor N°24.240 establece en su Artículo 37 que serán consideradas nulas aquellas cláusulas que:

- o Desnaturalicen las obligaciones de la empresa o limiten su responsabilidad.
- o Restrinjan los derechos del consumidor de manera desproporcionada.
- o Inviertan la carga de la prueba en perjuicio del usuario.

En cuanto al derecho a la información, el artículo 4 de la ley establece que las empresas tienen la obligación de suministrar a los consumidores información "cierta, clara y detallada" sobre las características de los servicios y las condiciones de su comercialización. La información sobre los costos y modificaciones contractuales debe ser proporcionada de manera gratuita y en un formato accesible para el consumidor. En caso de que estos aumentos hayan sido comunicados de manera confusa o insuficiente, se podría argumentar que las empresas incumplieron con su deber de información, afectando así la capacidad de los usuarios para tomar decisiones informadas sobre su cobertura de salud. Como se viene analizando, la derogación de los artículos 5, inciso g), y 17 de la Ley 26.682 mediante el DNU 70/2023 otorgó a las empresas de medicina prepaga la facultad de fijar aumentos de cuotas de forma discrecional, alterando la ecuación económica de los contratos y trasladando el riesgo al consumidor. Esta modificación configura una cláusula abusiva, nula conforme al artículo 37 de la Ley 24.240, al desnaturalizar las obligaciones asumidas y ampliar unilateralmente los derechos de las empresas. Los incrementos des-

medidos, aplicados sin criterios claros ni límites razonables, afectan la accesibilidad y estabilidad del servicio, vulnerando derechos de los usuarios.

En este escenario, el rol del Estado como órgano regulador resulta esencial para restablecer el equilibrio contractual y proteger la sostenibilidad del sistema sanitario. A continuación, se examinarán los principales mecanismos judiciales que se promovieron para cuestionar la validez de estas reformas.

VI. Los litigios en materia de salud.

Los litigios en materia de salud han sido históricamente una herramienta clave para promover cambios estructurales en los sistemas sanitarios y corregir desigualdades de acceso. A diferencia de los litigios privados, Neff (2009)¹⁹ y Templeton et al. (2017)²⁰ señalan que buscan incidir en la agenda pública y redefinir políticas estatales, por eso su nombre de litigios públicos o estratégicos.

En América Latina, su auge coincidió con la implementación de reformas neoliberales aplicadas entre los años '80 y '90, junto con los procesos de tecnificación de la salud y el incremento de los costos de tratamientos especializados comenzaron a generar barreras de acceso (Gloppen, 2008²¹; Cabrera y Ayala, 2013²²; Marín et al., 2020²³).

Las acciones judiciales vinculadas al DNU 70/2023 se desarrollaron en un contexto de debilitamiento de los mecanismos de regulación estatal donde se produjeron aumentos en las cuotas de los afiliados y profundizó dinámicas de concentración, con efectos heterogéneos entre empresas y usuarios. Estos litigios no sólo cuestionaron los aumentos, sino que también reafirman el rol del Estado como garante de derechos (Cabrera y Ayala, 2013).

En este escenario, el Poder Judicial asume un rol central: su intervención funciona como un freno frente a la inacción o las omisiones de los poderes políticos y obliga a restablecer mecanismos efectivos de control y rendición de cuentas ante el ejercicio del poder (Neff, 2009; Cabrera y Ayala, 2013).

A continuación, se examinarán los diferentes litigios y acciones que se realizaron tras la desregularización propuesta por el DNU 70/2023 en el campo de las empresas de medicina prepaga.

VI.1 La judicialización del DNU 70/2023 por la desregularización del sistema de controles a las empresas de medicina prepaga.

A finales de diciembre del año 2023, se dictó el DNU 70/2023. Este introdujo importantes cambios en diferentes materias, entre ellas la desregularización de los aumentos de cuotas por parte de las empresas de medicina prepaga, lo que dio origen a múltiples acciones legales en el plano judicial y administrativo. A través de los artículos 267 y 269 modificó aspectos importantes de la Ley N° 26.682 que establece el marco regulatorio de la medicina prepaga.

19 Traducción propia.

20 Traducción propia.

21 Traducción propia.

22 Traducción propia.

23 Traducción propia.

Los artículos mencionados derogaron el artículo 5°, inciso g, y parcialmente el artículo 17, párrafos 1° y 2° de la Ley 26.682.²⁴ Esto implicó la eliminación de la facultad del Estado para autorizar las cuotas y establecer precios diferenciados según las franjas etarias para los planes prestacionales. Como consecuencia, se mantuvo únicamente la restricción que establece una variación máxima de tres (3) veces entre la primera y la última franja etaria, así como el requisito de notificar los aumentos con 30 días de anticipación y la obligación de aplicar el mismo porcentaje de aumento a todos los usuarios.

Tal como se hizo mención anteriormente, los argumentos que empleó el DNU 70/2023 para justificar la eliminación de estos controles fueron principalmente a la crisis económica-inflacionaria existente en el país y la difícil situación para sostener el sistema de salud debido al aumento de los costos.

En el caso del subsistema de las empresas de medicina prepaga, su principal fuente de financiamiento proviene del pago mensual que realizan los afiliados, cuyo monto varía en función de la edad, el tipo de plan contratado y la antigüedad en el servicio.

Antes del DNU 70/2023, el Estado, a través de la Superintendencia de Servicios de Salud, regulaba los aumentos de estas empresas en función del incremento de sus costos operativos. Este mecanismo buscaba equilibrar la relación entre las partes: si bien las prepagas podían establecer libremente el valor inicial de la cuota y su margen de ganancia, cualquier ajuste posterior debía estar vinculado a la variación de su estructura de costos. De este modo, se garantizaba la sostenibilidad económica del sistema al no imponer aumentos excesivos a los usuarios.

A partir de enero de 2024, con la entrada en vigencia del DNU 70/2023, las empresas de medicina prepaga comenzaron a aplicar aumentos significativos en las cuotas de sus afiliados, con subas del 40% al 45% solo en el primer mes del año. Para abril, el incremento acumulado había sido del 154% (Errepar, 2024). Esta cifra contrasta notablemente con los ajustes regulados por la Superintendencia de Servicios de Salud durante 2023, que oscilaba entre el 4% al 7%²⁵ mensual.

Esta situación dio origen a diversas acciones legales, tanto en el ámbito judicial como en el administrativo. En el caso de los procesos judiciales, se iniciaron demandas individuales y colectivas, en su mayoría tramitadas ante la justicia federal. La mayoría de las presentaciones buscaban la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 265 y 267 del DNU 70/2023, argumentando su ilegitimidad, la falta de razonabilidad de los aumentos, la violación de derechos constitucionales como el de usuarios y consumidores, a la vida y a la salud. Además, los aumentos que aplicaron las empresas de medicina prepaga no tuvieron en cuenta la edad, se aplicaron por igual a personas que se encontraban en la población económicamente activa como a los jubilados.

Las diferentes medidas que se aplicaron pueden visualizarse en este cuadro:

24 En relación con este último punto, la entrada en vigor del reciente Decreto 102/2025, modificó nuevamente el artículo 17 de la Ley N°26.682, permite actualmente la aplicación de aumentos diferenciales entre los distintos planes.

25 Datos disponibles en: <https://www.argentina.gob.ar/aumentos-autorizados-entidades-de-medicina-prepaga-historico-anos-2012-al-2023>

Tabla 2: Acciones contra el DNU 70/2023

ACCIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA	CASO	RESULTADO DE LA ACCIÓN
Amparo colectivo contra el Estado Nacional para declarar la inconstitucionalidad del DNU 70/2023 (arts. 267 y 269) presentada por afiliado de Swiss Medical S.A	Caso Wilson c/ Estado Nacional ²⁶	Se lo inscribió como proceso colectivo pero no se obtuvo ninguna medida cautelar. Ante un conflicto de competencia que surgió, sigue tramitando en la Corte Suprema de Justicia de la Nación.
Amparo colectivo contra la Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires para declarar la inconstitucionalidad del DNU 70/2023 (arts. 267 y 269).	Caso Brauchli c/ Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires. ²⁷	Hubo medida cautelar en primera instancia, otorgada a todos los afiliados del Hospital Italiano, que fijó como parámetro de aumento los autorizados por la Superintendencia de Servicios de Salud. La Cámara Federal la mantuvo solo para Brauchli y ordenó ajustar su cuota según el IPC, revocando el carácter colectivo y dejando a los adherentes fuera de la medida, quienes deberán demandar individualmente, dando de baja la inscripción en el Registro de Procesos Colectivos.
Amparo colectivo contra la Organización de Servicios Directos Empresarios para declarar la inconstitucionalidad del DNU 70/2023 (arts. 267 y 269).	Caso Morsentti c/ OSDE ²⁸	En marzo de 2024, el Juzgado Federal N° 2 de Concepción del Uruguay dictó medida cautelar ordenando dejar sin efecto los aumentos aplicados bajo el DNU 70/2023 y limitar las subas al parámetro del art. 17 de la Ley 26.682 (autorización estatal previa por variaciones de costos y cálculo actuarial). La jueza certificó la acción como colectiva para todos los afiliados de OSDE afectados por el decreto, pero dispuso que la cautelar se aplicara únicamente a “futuros adherentes” que acreditaran estar en igual situación. Tras la recusación de la magistrada, el juez Pablo Seró levantó la cautelar al considerar vigente una medida administrativa que ordenó retrotraer las cuotas a valores de diciembre de 2023, actualizados por IPC.

		En apelación, la Cámara Federal de Paraná declaró la inconstitucionalidad del DNU 70/2023, ordenó restablecer el control previo de la Superintendencia de Servicios de Salud y calificó de ilegítimos los aumentos desde enero de 2024.
Amparos individuales y acciones declarativas de inconstitucionalidad contra diferentes prestadoras de servicios de salud (SIMECO ²⁹ , Omint S.A. ³⁰ , OSYPF ³¹ , OSDE ³² , Obra social de Ejecutivos y Personal de Dirección de Empresas ³³)		Varios fallos declararon inconstitucionalidad de arts. 267 y 269, fijaron IPC como tope y -en algunos casos- se reconocieron pagos en exceso como crédito.
Denuncias administrativas ante la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC)	Primera denuncia (abril 2024) – Diputados de la Unión Cívica Radical ³⁴ .	La CNDC confirma cartelización, ordena retrotraer precios a diciembre de 2023 y ajustar por IPC ³⁵ . Posteriormente, el Gobierno nacional emitió la Resolución 1/2024 de la Secretaría de Industria y Comercio -a cargo de Luis Caputo- estableciendo una medida de tutela anticipada que obligó a las prepagas a revertir los aumentos y ajustar sus tarifas conforme a la variación mensual del IPC. La medida tenía una vigencia de seis meses y afectaba a las empresas que conforman la Confederación Unión Argentina de Salud que incluye a empresas como Galeno Argentina S.A., Hospital Británico de Buenos Aires Asociación Civil, Hospital Alemán Asociación Civil, Medifé Asociación Civil, Swiss Medical S.A., Omint S.A. de Servicios y OSDE (Organización de Servicios Directos Empresarios).
	Segunda denuncia (Ministerio de Economía, 2024)	El 12 de diciembre del año 2024, la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) decidió imputar a un conjunto de empresas de medicina prepaga por cartelización: Galeno Argentina S.A, Hospital Británico de Buenos Aires Asociación Civil, Hospital Alemán Asociación Civil, Medifé Asociación Civil, Swiss Medical S.A., Omint S.A. de Servicios, OSDE Organización de Servicios Directos Empresarios, así como también la Unión Argentina de Salud (UAS); y el Sr. Claudio Fernando Belocopitt, en su carácter de actual presidente de la firma Swiss Medical

		S.A. y del entonces presidente de la UAS (Ministerio de Economía, 2024). Aún no existe una medida por parte de la CNDC.
Acción administrativa y judicial (acción de amparo) por parte de la Superintendencia de Servicios de Salud (SSS)	Superintendencia de Servicios de Salud (SSS) c. OSDE y otros (Causa N°9610).³⁶	La SSS luego de actuar en sede administrativa, inició una acción de amparo contra 23 empresas de medicina prepaga con el objeto de frenar la situación de abuso de las empresas por los aumentos que venían aplicando luego del dictado del DNU 70/2023. La causa tramitó ante el Juzgado Civil y Comercial Federal N°3 a cargo del Juez Juan Rafael Stinco. El día 3 de mayo de 2024 se hizo lugar a la medida cautelar solicitada por la Superintendencia de Servicios de Salud en la que se dispuso retrotraer los aumentos de las cuotas en todos los planes de salud a los montos vigentes al momento del dictado del DNU 70/2023. A su vez, el juez fijó como pauta de actualización el Índice de precios al consumidor (IPC) elaborado por el INDEC. También ordenó que el pago excedente realizado por los afiliados fuera considerado por las empresas como crédito a su favor. En mayo de 2024, el juez Stinco convocó a las prepagas y a la Superintendencia de Servicios de Salud a una audiencia, celebrada el 27/05. Allí las partes firmaron un acuerdo por el cual las prepagas devolverían los cobros por encima del IPC (ene-may 2024) con ajuste por Tasa Pasiva BNA, y desde julio las cuotas podrían ajustarse libremente. También reincorporarían a afiliados dados de baja por falta de pago. La Superintendencia desistió de la acción y el juez homologó el acuerdo. El caso impactó en otros procesos vinculados al DNU 70/2023, al establecer un parámetro para los aumentos y reafirmar el rol estatal de control. Según Verbic (2024), constituyó un precedente atípico: se alcanzó un acuerdo colectivo sin participación de usuarios ni de asociaciones, sin un legitimado colectivo, sin aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor y con un potencial perjuicio para los beneficiarios.

Fuente: Elaboración propia.

Las acciones judiciales y administrativas derivadas del DNU 70/2023 revelan el impacto institucional de la desregulación del sistema de control estatal sobre las empresas de medicina prepaga. La multiplicidad de amparos individuales y colectivos, las medidas cautelares y las denuncias por prácticas anticompetitivas evidencian que las reformas no solo afectaron la situación económica de los afiliados, sino que puso en tensión los límites constitucionales del poder reglamentario del Estado, principalmente del Poder Ejecutivo. En este contexto, se advierte que el Poder Judicial actuó como un espacio de discusión, reestableciendo parámetros de razonabilidad a través de fallos que devolvieron el control previo a la Superintendencia de Servicios de Salud y fijaron topes de actualización del precio de cuotas como el Índice de Precios al Consumidor (IPC). La intervención de la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia, por su parte, puso de manifiesto la existencia de prácticas de cartelización incompatibles con el principio de libre competencia.

VII. Conclusiones

Lo sucedido tras la entrada en vigencia del DNU 70/2023 muestra que la flexibilización de los mecanismos de control de precios en las empresas de medicina prepaga tiende a generar situaciones de tensión, expone a la población a riesgos que afectan derechos esenciales, y genera un escenario de incertidumbre legal y económica.

En este artículo mostramos que tras la desregulación derivó en aumentos que tuvieron un impacto negativo sobre los adultos mayores, quienes fueron en su mayoría quienes promovieron amparos para retrotraer las subas.

La respuesta judicial —a través de acciones individuales y colectivas iniciadas por particulares y el propio Estado nacional— no solo restituyó derechos en casos puntuales, sino que fijó límites, estableciendo parámetros como el IPC o el control estatal previo para los aumentos. El hecho de que el propio Estado nacional haya accionado contra empresas por prácticas de cartelización confirma que el mercado —lejos de autorregularse— requiere de mecanismos estatales.

26 Wilson c. Estado Nacional – PEN (Causa N.º 19506). (2024). Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 3.

27 Brauchli c. Sociedad Italiana (Causa N.º 94). (2024). Cámara Federal de Apelaciones de San Martín, Sala II.

28 Morsenti, Fernando Ismael y otros c. Organización de Servicios Directos Empresarios (OSDE) s/ Amparo Colectivo (Causa N.º 1461). (2024). Cámara Federal de Paraná.

29 Vidal Quera, Amengual Rodolfo c. Simeco (Servicios Consejo de Salud Simeco) y otro s/ Acción meramente declarativa de inconstitucionalidad (Causa N.º 01/2024). (2024). Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de San Martín N.º 2, Secretaría N.º 3.

30 Cainelli, Elsa Angélica c. OMINT S.A. de Servicios s/ Amparo sumarísimo valor cuota EMP-DNU 70/23 (Causa N.º 4145/2024). (2025). Cámara Civil y Comercial Federal, Sala II.

31 Ramírez, Carlos Eduardo c. Obra Social YPF y otro s/ Amparo ley 16.986 (Causa N.º 2570/2024). (2024). Sala III de la Cámara Federal de La Plata.

32 Decara, Guillermo Antonio c. OSYPF y otro -OSDE- s/ Amparo ley 16.986 (Causa N.º 3112/2024). (2024). Cámara Federal de La Plata, Sala II.

33 Abadie, Luis Eduardo c. Obra Social de Ejecutivos y del Personal de Dirección de Empresas s/ Amparo ley 16.986 (Causa N.º 451/2024). (2025). Cámara Federal de Resistencia.

34 Reyes, Hernán Leandro y otros (Medicina prepaga), s/ solicitud de intervención (Causa N.º 1848/2024 Expediente EX-2024-05378512). CNDP.

35 Comisión Nacional de Defensa de la Competencia. (2024, 12 de abril). *Dictamen en expediente EX-2024-05378512 – presunta cartelización en medicina prepaga*. Ministerio de Economía. Disponible en https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2024/04/resolucion_y_dictamen_0.pdf?utm_source=chatgpt.com

36 Superintendencia de Servicios de Salud c. OSDE y otros s/ Amparo (Causa 9610/2024). (2024). Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 3.

En este contexto, el Poder Judicial asumió un rol protagónico como garante de derechos, interviniendo incluso sobre variables económicas sensibles y marcando la necesidad de restablecer parámetros razonables de control estatal. Sin embargo, los avances obtenidos tanto en sede judicial como administrativa fueron parciales y de efecto limitado, ya que la mayoría de las medidas cautelares tuvieron una vigencia acotada en el tiempo.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V., y Pautassi, L. (2008). El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud Colectiva*, 261-282. Disponible en <https://revistas.unla.edu.ar/saludcolectiva/article/view/345>.
- Alvez, J. (07 de Julio de 2025). Cambios en Salud: el Gobierno creó un organismo que gestionará cinco hospitales y eliminó tres institutos. *INFOBAE*, págs. Disponible en <https://www.infobae.com/politica/2025/07/07/cambios-en-salud-el-gobierno-creo-un-organismo-que-gestionara-cinco-hospitales-y-elimino-tres-institutos/>.
- Azpiazu, D. (. (1999). *La desregulación de los mercados. Paradigmas e inequidades de las políticas del neoliberalismo*. Buenos Aires: Flacso.
- Becker, A.; Al-Ju'beh, K.; Watt, G. (2009) Keys to health: justice, sovereignty, and self-determination. *The Lancet*, Volume 373, Issue 9668, 985 – 987. [https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736\(09\)60103-3/abstract](https://www.thelancet.com/journals/lancet/article/PIIS0140-6736(09)60103-3/abstract)
- Belló, M., y Becerril-Montekio, V. M. (2011). Sistema de salud en Argentina. *Salud pública de México*, 96-109. Disponible en <https://www.scielosp.org/pdf/spm/v53s2/06.pdf>.
- Bertens, R., y Vong, A. (2020). Small steps, big change. Forging a public-private health insurance system in the Netherlands. *Social Science y Medicine*, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0277953620306377>.
- Biehl, J., Socal, M., y Amon, J. (2016). The Judicialization of Health and the Quest for State Accountability: Evidence from 1,262 Lawsuits for Access to Medicines in Southern Brazil. *Health Hum Rights*, 209–220. Disponible en <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC5070692/>.
- Bisceglia, M., Padilla, J., Piccolo, S., y Sääskilahti, P. (2023). On the bright side of market concentration in a mixed-oligopoly healthcare industry. *Journal of Health Economics*, Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S0167629623000486>.
- Cabrera, O., y Ayala, A. (2013). Advancing the right to health through litigation. En J. Zuniga, S. Marks, y L. Gostin, *Advancing the human right to health* (págs. 25-38). Oxford Academic.
- Castañón López, M. (2023). Breves apostillas sobre el DNU 70/2023 y el sistema de seguro de salud. *REVISTA JURIDICA ARGENTINA LA LEY*.
- Dave, U., Lewis, E. G., Patel, J. H., y Godbole, N. (2024). Private health insurance in the United States and Sweden: A comparative review. *Health Science Reports*, <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1002/hsr2.1979>.
- De Ortúzar, M.; Médici, A (2019). El "derecho a la salud" como derecho humano: Abordaje conceptual transdisciplinar. EN: M. Cristeche y M. Lanfranco Vázquez (Coords.). Investigaciones sociojurídicas contemporáneas. La Plata: Malisia. pp. 57-78. En Memoria Académica. Disponible en: <http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/libros/pm.1134/pm.1134.pdf>
- Echeverri, O. (2008). Mercantilización de los servicios de salud para el desarrollo: el caso

de Colombia. *RevPanam Salud Pública*, 210- 216.

- Errepar. (17 de 01 de 2024). Obtenido de Frenan aumentos de empresas de medicina prepa: <https://documento.errepar.com/actualidad/frenan-aumentos-de-empresas-de-medicina-prepa-20240117125153258>
- Fidalgo, M. M. (2008). *Adiós al derecho a la salud*. Buenos Aires: Espacio.
- Fonseca, M. (2022). *Soberanía sanitaria para un pleno acceso a la salud*. Revista Ciencia y Tecnología. <https://revistas.unlp.edu.ar/CTyP/article/view/14483/13861>
- Gherzi, C. A. (1999). *Contrato de Medicina prepa. Estructura. Análisis económico. Cláusulas abusivas. Internación. Publicidad. Contratos conexos. Enfermedades preexistentes. Trasplantes. Responsabilidad por daños al usuario. Vías de acceso a la Justicia. Gerontología*. Buenos Aires: Astrea .
- Gloppen, S. (2008). Litigation as a strategy to hold governments accountable for implementing the right to health. *Health Hum Rights*, 21-36.
- Gómez-Arias, R. D. (2022). Soberanía sanitaria: una política prioritaria para las democracias. *Universidad y Salud*, 24(1), 3-6.
- Gusman, A. S. (2021). Responsabilidad del Estado como garante del derecho a la atención sanitaria. *La Ley*, 1-5.
- Hanson, K., Gilson, L., Goodman, C., Mills, A., Smith, R., Feachem, R., Kinlaw, H. (2008). Is Private Health Care the Answer to the Health Problems of the World's Poor? *Theplos medicine*, Disponible en <https://journals.plos.org/plosmedicine/article?id=10.1371/journal.pmed.0050233>.
- Herzog D. (2020). Sovereignty in a Public Health Crisis [Internet]. Yale UniversityPress Blog. Disponible en: <http://blog.yalebooks.com/2020/05/01/sovereignty-in-a-public-health-crisis/>
- Hufty, M., Báscolo, E., y Bazzani, R. (2006). Gobernanza en salud: un aporte conceptual y analítico para la investigación. *Cadernos de Saúde Pública*, 22, S35-S45.
- Laurell, A. C. (2017). La política social y de salud en América Latina: un campo de lucha política. *Cadernos de saúde pública*.
- Lapidus, J. (2022). Privatising, liberalising and dividing a welfare state without affecting universality? Debunking the myths surrounding the rapid rise of private health insurance in Sweden. *Health economics, Policy and Law*, <https://www.cambridge.org/core/journals/health-economics-policy-and-law/article/privatising-liberalising-and-dividing-a-welfare-state-without-affecting-universality-debunking-the-myths-surrounding-the-rapid-rise-of-private-health-insurance-in-sweden/87C70>.
- Lorenzetti, R. (2009). *Consumidores*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: RubinzalCulzoni.
- Luzuriaga, M. J. (2023). La privatización de los sistemas de salud, la pandemia y la desprivatización en debate . *CEPAL* .
- Maceira, D. (2018). *Morfología del Sistema de Salud Argentino Descentralización, Financiamiento y Gobernanza*. Disponible en <http://repositorio.cedes.org/handle/123456789/4460>: CEDES. Documentos de trabajo.
- Marín, G. H., Marín, L., Agüero, D., Marín, G., Pagnotta, M., y Blanco, L. (2020). Litigation for Health Technology Accessibility: A Tool for Inequality? Reflections Based on Case Study Analysis. *Journal of Clinical Cases y Reports; Special Issue: 2020 Collection in Global Research: Clinical Cases y Reports*, 17-22.
- Marra, M. (2021). El derecho a la salud en Argentina y el deber de garantía del Estado Nacional. *Revista de Abogacía*, 83-92.
- Massano, J. P. (2023). El intento de reforma del subsistema de obras sociales sindicales argentino de 1985-1986. *Revista Mundos do Trabalho*, Disponible en <https://periodicos.ufsc.br/index.php/mundosdotrabalho/article/view/92457>. Acesso em: 13 ago. 2025.

- Médici, A. (2002). *La desregulación de las Obras Sociales. Un episodio más de la reforma de salud en Argentina. ¿Que vendrá luego?* Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Ministerio de Economía. (2024, 12 de diciembre). *La CNDC imputa por presunta cartelización a las principales empresas de medicina prepaga*. Gobierno de la República Argentina. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/la-cndc-imputa-por-presunta-cartelizacion-las-principales-empresas-de-medicina-prepaga-0>
- North, D. (1990). *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Neff, E. (2009). From Equal Protection to the Right to Health: Social and Economic Rights, Public Law Litigation, and How an Old Framework Informs a New Generation of Advocacy. *Columbia Journal of Law and Social Problems*, Disponible en <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/collsp43ydiv=10yid=y&page=>
- OECD. (2025). *How Do Health System Features Influence Health System Performance?* París: The Health Foundation .
- Palabras del derecho (29 de Diciembre de 2023). *Admitieron tramitar un amparo colectivo de salud contra el mega DNU*. Obtenido de <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/4733/Admitieron-tramitar-un-amparo-colectivo-de-salud-contra-el-mega-DNU>
- Palabras en el derecho. (30 de Abril de 2024). *Palabras en el derecho*. Obtenido de <https://palabrasdelderecho.com.ar/articulo/5011/Mega-DNU-desarmaron-uno-de-los-procesos-colectivos-contra-el-aumento-de-las-prepagas>
- Ritto, G. (2016). El contrato de medicina prepaga. Análisis con especial énfasis en la regulación del título III del Código Civil y Comercial. *Ratio Iuris. Revista de derecho privado*, 132-159.
- Rubinstein, A., y Mossialos, E. (2025). *Desfinanciamiento y regresión sanitaria en América Latina*. *Revista Panamericana de Salud Pública*, 49(2), 77-89.
- Shina, F. (2024). *Ley de Defensa del Consumidor*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Socal, M., Amon, J., y Biehl, J. (2020). Right-to-Medicines Litigation and Universal Health Coverage: Institutional Determinants of the Judicialization of Health in Brazil. *Health Hum Rights*, 221-235.
- Templeton Dunn, J., Lesyna, K., y Zaret, A. (2017). The Role of Human Rights Litigation in Improving Access to Reproductive Health Care and Achieving Reductions in Maternal Mortality. *BMC Pregnancy and Childbirth*, Disponible en https://repository.uclawsf.edu/faculty_scholarship/1595/.
- Verbic, F. (29 de Mayo de 2024). *Classaction en Argentina*. Obtenido de «Un anillo para gobernarlos a todos»: el caso de la Superintendencia de Servicios de Salud contra las empresas de medicina prepaga por los aumentos habilitados con causa en el DNU 70/2023. Restitución licuada y habilitación absoluta para volver a hacer lo: <https://classactionsargentina.com/2024/05/29/un-anillo-para-gobernarlos-a-todos-el-caso-de-la-superintendencia-de-servicios-de-salud-contra-las-empresas-de-medicina-prepaga-por-los-aumentos-habilitados-con-causa-en-el-dnu-70-2023-restituci/>.

Aplicabilidade dos princípios do direito ambiental ao meio ambiente digital: o princípio da prevenção e a proteção da saúde no Brasil

Applicability of environmental law principles to the digital environment: the prevention principle and the health protection in Brazil

Ricardo Libel Waldman¹; Gabrielle Jacobi Kölling²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)57](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)57)

Fecha de envío: 30.10.2025

Fecha de aceptación: 05.12.2025

RESUMO:

A sociedade contemporânea, marcada pela revolução tecnológica vivencia a consolidação do meio ambiente digital como espaço essencial de convivência humana. Esse ambiente, composto por pessoas, redes e dispositivos tecnológicos, configura uma nova dimensão do meio ambiente, tanto material quanto simbólica, na medida em que a vida social e biológica passa a depender do ambiente digital. A pesquisa propõe o reconhecimento jurídico do meio ambiente digital como parte integrante do conceito de meio ambiente, sujeito à tutela do direito e aos princípios da proteção ambiental no Direito Brasileiro. Busca-se, assim, analisar fundamentos teóricos e normativos que justifiquem tal reconhecimento, compreender a evolução conceitual do tema, examinar suas conexões éticas e sociais com o meio natural e avaliar a aplicação dos princípios, em especial o da prevenção por exemplo na área da saúde, por meio de abordagem bibliográfica e interdisciplinar.

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito do Estado pela UFRGS. Realizou estudos de Pós-Doutorado na Universidade de Salerno. Professor Doutor da Faculdade de Direito da UPM. O presente artigo é parte da pesquisa realizada no âmbito do Grupo de Pesquisa Meio Ambiente Digital e Direitos Humanos da UPM. Advogado; E-mail: ricardolibelwaldman@yahoo.com; <https://orcid.org/0000-0002-5437-648X>

2 Pós-Doutorado em Direito pelo Centro Universitário do Distrito Federal (UDF). Doutorado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professora de la UPM/SP; USCS/SP y UDF/DF E-mail: koll.gabrielle@gmail.com ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2225-555X>

RESUMEN:

La sociedad contemporánea, marcada por la revolución tecnológica, experimenta la consolidación del medio ambiente digital como un espacio esencial de convivencia humana. Este entorno, compuesto por personas, redes y dispositivos tecnológicos, configura una nueva dimensión del medio ambiente, tanto material como simbólica, en la medida en que la vida social y biológica depende cada vez más del ámbito digital en el Derecho Brasileño. La investigación propone el reconocimiento jurídico del medio ambiente digital como parte integrante del concepto de medio ambiente, sujeto a la tutela del derecho y a los principios de protección ambiental. Se busca analizar los fundamentos teóricos y normativos que justifican dicho reconocimiento, comprender la evolución conceptual del tema, examinar sus conexiones éticas y sociales con el medio natural y evaluar la aplicación de los principios ambientales, en especial el de la prevención, con énfasis en la área de la salud, mediante un enfoque bibliográfico y interdisciplinario.

ABSTRACT

Contemporary society, marked by the technological revolution, is experiencing the consolidation of the digital environment as an essential space for human coexistence. This environment, composed of people, networks, and technological devices, represents a new dimension of the environment—both material and symbolic—since social and biological life increasingly depends on the digital sphere. The research proposes the legal recognition of the digital environment as an integrated part of the concept of environment, subjected to the protection of law and environmental principles, in Brazilian Law. It aims to analyze the theoretical and normative foundations that justify such recognition, understand the conceptual evolution of the topic, examine its ethical and social connections with the natural environment, and assess the applicability of environmental principles, especially that of prevention, for example in the area of health, through a bibliographical analysis and an interdisciplinary approach.

PALAVRAS-CHAVE: meio ambiente digital; infosfera; licenciamento ambiental; prevenção; saúde; regulação.

PALABRAS CLAVE: medio ambiente digital; infosfera; licenciamiento ambiental; prevención; regulación.

KEY WORDS: digital environment; infosphere; environmental licensing; prevention; precaution; regulation.

I. Introdução

A sociedade contemporânea é marcada por inúmeras transformações, dentre as quais o ambiente tecnológico e digital. Nesse contexto, é disruptiva a discussão relacionada ao meio ambiente digital. Mas o que é o meio ambiente digital?

Trata-se de um conjunto de pessoas e equipamentos e redes de tecnologias da informação e da comunicação, facilitado por, mas não, resumido a, infraestruturas tecnológicas, redes de informação, dados e interações humanas mediadas por dispositivos digitais. Frequentemente ele é tratado pela doutrina e legislação com referência ao meio

ambiente natural: fala-se, assim, em ecossistema ou ambiente digital ou infosfera, ciberespaço e suas variações. Isso se explica pelo fato de que somos cercados e interagimos com essas tecnologias de maneira ubíqua.

Cada vez mais, as interações sociais são quase obrigatoriamente efetivadas ao menos de maneira parcialmente digital, ao ponto de se falar em direito a desconexão ao mesmo tempo em que é necessário um direito ao acesso.

Assim, de um ponto de vista fático se pode dizer que o meio ambiente ganhou mais uma dimensão em sua composição, tanto no sentido denotativo quanto conotativo. No denotativo, porque as informações circulam materialmente como impulsos elétricos no ar, retransmitidas por uma miríade de antenas e satélites posicionados dentro e fora da órbita da Terra. No sentido conotativo, o fluxo de informações circulando é comparável ao ar que respiramos por sua quantidade e qualidade.

Além disso, ambas os sentidos e fundem, quando a relação com o meio ambiente (natural) é cada vez mais mediada pelo meio ambiente (digital) criando uma situação na qual a vida do ser humano concreto enquanto ser biológico depende da qualidade de seu acesso ao meio ambiente (digital) (FLORIDI, 2004: 155-156, BOLLINI, 2020: 55). Observa-se, portanto, que a terminologia que Floridi utiliza, infosfera, não contempla pessoas e hardware em seu conceito.

A esse reconhecimento fático, deveria corresponder um reconhecimento jurídico, estendendo o regimento jurídico ambiental para o meio ambiente digital, tendo em vista os desafios que gera, os quais são externalidades do processo produtivo da economia da informação ou de plataforma.

Nesse contexto, o problema de pesquisa que orienta este estudo pode ser assim formulado: de que modo os princípios do direito ambiental podem ser utilizados para tutelar o meio ambiente digital no âmbito do Direito brasileiro?.

A hipótese que se busca examinar é a de que o meio ambiente digital, enquanto espaço de convivência e produção de vida social, deve ser juridicamente reconhecido como parte integrante do conceito de meio ambiente, exigindo a aplicação de princípios ambientais e de direitos fundamentais adaptados à realidade informacional e digital contemporânea. Como exemplo, se exploram as consequências da aplicação do princípio da prevenção ao meio ambiente digital.

O objetivo geral consiste em analisar os fundamentos teóricos e normativos que justificam a tutela jurídica do meio ambiente digital. Como objetivos específicos, pretende-se: a) compreender a evolução conceitual do meio ambiente digital a partir da literatura filosófica e jurídica; b) identificar as conexões entre o meio ambiente natural e o digital, destacando suas implicações éticas e sociais; c) examinar a possibilidade de aplicação dos princípios da proteção ambiental “tradicional” ao ambiente digital no Direito brasileiro.

Metodologicamente, trata-se de uma pesquisa bibliográfica, desenvolvida por meio de análise de obras doutrinárias, artigos científicos e documentos normativos nacionais e internacionais, com enfoque interdisciplinar entre o Direito, a Filosofia e a Ética.

O artigo está estruturado em três seções principais: na primeira, apresenta-se o desenvolvimento histórico e conceitual do meio ambiente digital; na segunda, discute-se a interface entre o meio ambiente natural e o digital sob a ótica dos direitos fundamentais; e, na terceira, analisam-se os fundamentos jurídicos para o reconhecimento e a tutela do meio ambiente digital. Por fim, são expostas as considerações finais, com destaque para os desafios e perspectivas de consolidação desse novo campo de proteção jurídica.

II. Abrangência e escopo do meio ambiente digital

O desenvolvimento do meio ambiente digital ocorreu de maneira rápida e abrangente, especialmente a partir da década de 1990, impulsionado por fatores econômicos que tornaram vantajosos os investimentos nesse campo. Após enfrentar crises nas décadas anteriores, o capitalismo vislumbrou nas novas tecnologias um meio de retomada da produção de riqueza. Além disso, o cenário pós-ataque de 11 de setembro de 2001 reforçou a necessidade de vigilância, promovendo uma aliança entre o Estado e a economia da informação, por meio da qual o governo passou a ter acesso indireto a dados fornecidos pelos consumidores às empresas privadas (MANTELERO, 2018, p. 651).

Nesse sentido, as chamadas big techs, atualmente, são as maiores empresas do mundo. Elas têm como matéria prima os dados pessoais e outros, (como anonimizados, sobre a economia e natureza) utilizados para a predição comportamento humano, da natureza e a criação de uma inteligência artificial. Nesse processo, muitos benefícios foram e são produzidos, como a facilidade de interação entre as pessoas, de compartilhamento de ideias e de conhecimento, do gerenciamento de negócios, de diagnósticos médicos, etc. Todas essas facilidades são precificadas pelas empresas, mesmo no caso em que os serviços são prestados aos usuários de maneira supostamente gratuita. Mas, ao lado desses benefícios, talvez sem precedentes, também tem surgido uma série de malefícios, tais como o rápido compartilhamento do discurso de ódio e de desinformação, cyberbullying, distúrbios na saúde mental causados pelo uso exagerado da tecnologia, além do uso indevido e do vazamento de dados (ZUBOFF, 2019).

Os referidos malefícios, em grande parte, não são precificados pelas empresas, porque elas não são responsabilizadas por tais danos, na medida em que se considera, de modo geral, que elas não são responsáveis pelo conteúdo de terceiros que veiculam, salvo se notificadas pelo interessado, por exemplo, no caso brasileiro, a nudez não autorizada (art. 21 da Lei nº 12.965/2014, cujo alcance foi ampliado pelo STF nos Recursos Extraordinários 1.037.396 e 1.057.258, para incluir crimes e atos ilícitos em geral). Assim, por exemplo, a sociedade absorve a redução da cobertura vacinal por campanhas de desinformação que as big techs ajudam a espalhar por milhares de pessoas desinformação que leva ao medo infundado na vacinação, ou ao suicídio de crianças e adolescentes em razão do cyberbullying, ou ao aumento da intolerância. Tais malefícios, para além do gasto de energia e do uso de matéria prima natural tanto para a produção quanto para utilização do hardware, são a “poluição” digital.

Isso é precisamente o que acontecia e ainda acontece em alguma medida, em matéria de meio ambiente natural: a sociedade produzia sem limites, gerando poluição da terra, da água e do ar e escassez sem ser responsabilizada por isso, o que acabou por gerar a chamada crise ambiental, ou seja, o risco de ficarmos sem recursos naturais para a manutenção da vida como conhecemos.

Essa realidade provocou o surgimento do direito ambiental, com princípios como a prevenção, precaução, poluidor pagador e desenvolvimento sustentável. O direito ambiental pressupõe que os danos ambientais são, com muita frequência, irreparáveis ou de difícil reparação, bem como imprevisíveis, podendo causar danos severos à vida e à saúde das pessoas, animais e vegetais, mas também ao meio ambiente artificial (a cidade), meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho (MILARÉ, 2011).

O direito ambiental pode ser explicado através da teoria do risco de Ulrich Beck (1998), que demonstra como as sociedades contemporâneas, caracterizam-se pela continua geração de riscos, possibilidades de danos decorrentes de decisões políticas, os quais são distribuídos por toda a sociedade (embora nem todos os sofram da mesma forma) e são, muitas vezes, imprevisíveis quanto a forma, local e momento de sua concretização. O meio ambiente, bem tutelado pelo direito ambiental, tem natureza jurídica distinta dos demais bens tutelados juridicamente, eis que é bem de uso comum do povo, assim qualificado constitucionalmente no Brasil. A ninguém é lícito apropriar-se dele, dispor dele, nem mesmo o Estado. Diferente, dos bens ou micro bens ambientais que o compõe (HERMANN-BENJAMIN, 1993, p. 69-72).

III. Tutela jurídica do meio ambiente digital: do direito individual ao interesse difuso na sociedade

A questão, neste sentido, deve ser analisada do ponto de vista da função objetiva que o meio ambiente como um todo exerce na sociedade e não, apenas, dos direitos subjetivos dos envolvidos. Como toda função, a função do meio ambiente, utiliza-se de um bem – o meio ambiente – para atingir uma finalidade “a qualidade ambiental como valor importante da qualidade de vida”. Tal bem é um macro bem composto de uma infinidade de micro bens assim entendidos os elementos da hidrosfera, da litosfera, da atmosfera, da biosfera (HERMANN-BENJAMIN, 1993, p.59-60) e podemos incluir a infosfera.

Para a compreensão do interesse difuso da sociedade, é necessário que compreendamos o meio ambiente digital como um bem comum. A teoria do comum desenvolvida por Pierre Dardot e Christian Laval representa uma das mais relevantes tentativas contemporâneas de repensar os fundamentos do político e do jurídico diante da crise das formas tradicionais de propriedade e gestão coletiva. Em *Comum: ensaio sobre a revolução no século XXI*, os autores afirmam que o comum não se confunde com um bem natural ou econômico, mas consiste em uma prática social e política que se define pelo uso compartilhado e pela autogestão democrática dos recursos coletivos (DARDOT; LAVAL, 2017), tais como o meio ambiente digital, por exemplo. Ou seja, o bem de uso comum não é um dado pela natureza, mas sim algo construído, visto que ele se materializa pela ação coletiva, configurando-se como um princípio normativo e organizacional capaz de contrapor-se tanto à lógica privatista do mercado quanto à lógica centralizadora do Estado.

Assim, o meio ambiente digital pode ser compreendido como uma expressão contemporânea do comum, o qual é forjado por infraestruturas tecnológicas, redes de informação, dados e interações humanas mediadas por dispositivos digitais. O meio ambiente digital tornou-se então um espaço essencial de convivência, produção simbólica e exercício da cidadania. Sua natureza híbrida — ao mesmo tempo material e imaterial — revela que a vida social, econômica e até biológica depende, em larga medida, da qualidade e do acesso a esse ambiente informacional. Isso acontece porque o acesso

ao trabalho, por exemplo, com frequência implica a interação com esse ambiente para a busca de oportunidades, para participar de processos seletivos e das próprias atividades profissionais, afetando suas condições de sobrevivência. Assim como o meio ambiente natural, o meio ambiente digital constitui uma condição de possibilidade para a vida humana, justificando sua proteção jurídica enquanto bem de uso coletivo (FLORIDI, 2013; BOLLINI, 2020).

A perspectiva do bem de uso comum está em risco em função da atuação das plataformas, ou seja, as grandes corporações tecnológicas, ao capturarem e monetizarem os fluxos de informação e as interações dos usuários, transformam o produto da cooperação social em recurso privado, apropriando-se de bens informacionais de natureza coletiva. Essa lógica de expropriação do comum — expressão utilizada por Dardot e Laval (2017) — reflete-se na concentração de poder econômico e informacional nas mãos de poucos agentes, com impactos diretos sobre a autonomia individual, a democracia e a sustentabilidade do ecossistema digital.

Dardot e Laval fornecem base teórica para que a teoria do comum forneça fundamento jurídico e político para a regulação do meio ambiente digital. Abre-se a possibilidade de compreender o meio ambiente digital não mais como um espaço de exploração econômica ou como domínio estatal, mas sim reconhecê-lo como patrimônio coletivo, sujeito a princípios de governança democrática, transparência e corresponsabilidade. Temos, assim, um elemento de conexão com as proposições teóricas de Floridi no tocante à “infosfera” como ecossistema informacional que deve ser preservado por razões éticas e existenciais. A aplicação de princípios ambientais clássicos — como precaução, prevenção e sustentabilidade — ao campo digital pode, assim, orientar um direito do comum digital, capaz de proteger a integridade do ambiente informacional e de garantir o acesso equitativo e seguro aos seus recursos.

Quando a sociedade e o Estado reconhecem o meio ambiente digital como bem comum, estamos diante da possibilidade de expandir o alcance da tutela ambiental para a esfera informacional, articulando os valores da solidariedade e da cooperação à proteção dos novos espaços de vida coletiva. Isso demanda repensar o papel do Estado, das corporações e dos próprios usuários na cogestão democrática desse ambiente, promovendo o que Dardot e Laval chamam de “instituição do comum”. O desafio moderno é a democratização do ciberespaço, garantindo que o meio ambiente digital seja efetivamente um bem de todos, gerido por todos e em benefício de todos.

Podemos identificar, nos termos da teoria econômica, o meio ambiente, como macrobem, como um bem comunal, é utilizável por todos, não podendo ninguém ser excluído juridicamente de seu uso, mas o uso por alguns pode levar à exclusão dos demais. Por exemplo, se uma indústria polui um rio, pode estar impedindo sua fruição como água potável pelos demais (Hermann-Benjamin, 1993, p. 59-60). O mesmo se pode dizer da rede mundial de computadores, todos devem ter acesso, mas o uso por uns, por exemplo, as redes sociais funcionando de maneira opaca, na forma como se utilizam dos dados de seus usuários, pode inviabilizar o uso seguro pelos próprios usuários e pelo restante da sociedade. Veja-se que os malefícios em ambos os casos são coletivos e, por vezes, indivisíveis. Assim, torna-se necessário atribuir a titularidade desse bem a alguém que se encarregará de protegê-lo (HERMANN-BENJAMIN, 1993, p. 61).

Dada a complexidade desse bem, não convém atribuir esta responsabilidade a apenas um órgão. Assim, o meio ambiente, enquanto macrobem, em nossa Constituição brasileira tem titularidade difusa. Entretanto, seus recursos individuais, podem ser objeto de propriedade do Estado, ou de particulares, sendo sempre funcionalizados à proteção ambiental. Então, a propriedade de um imóvel urbano, por exemplo, é um dever de exercício solidário, delimitado, ou melhor, funcionalizado, pela Constituição, pelo Código Civil, pelo Estatuto da Cidade e pelo Plano Diretor, dentre outras normas. A proteção do bem não é feita apenas por seu titular, mas pelo Estado e pela sociedade, na medida em que fiscalizam e exigem o cumprimento dessa obrigação. (HERMANN-BENJAMIN, 1993, p.62).

Pois bem, tudo isso se aplica com muita clareza ao meio ambiente digital. Aliás, essa abordagem baseada no risco, foi adotado na Europa no Regulamento Geral sobre Proteção de Dados e no Regulamento sobre Inteligência Artificial, ambos com influência no Direito Brasileiro, respectivamente, em nossa Lei Geral de Proteção de Dados e no Projeto de Lei nº 2338/2023.

Muito importante é referir, como já desenvolvido em outro trabalho (VIGLIAR, WALDMAN & LIMA, 2023), que nesse contexto o direito à proteção de dados pessoais tem uma dimensão individual e uma dimensão difusa. Nesse sentido, ao lado do direito do titular dos dados pessoais à chamada autonomia informativa, a decidir se e como seus dados serão tratados pelo controlador, existe um direito difuso em toda a sociedade, ou seja, que o meio ambiente digital seja um local seguro para o tratamento dos dados pessoais de todos. Isso porque os dados possuem uma variedade de usos na sociedade que podem causar prejuízo para os direitos fundamentais de todos, por exemplo, e em especial a democracia.

É importante entender que o meio ambiente digital e as tecnologias a ele inerentes funcionam a partir do tratamento de dados. Isso inclui a big data analytics que se refere ao processamento de dados com quantidades, fontes, velocidades e ou fatores, impossíveis para a analítica tradicional (INFORMATION COMMISSIONER'S OFFICE, 2017). As novas TIC existem justamente porque captam e tratam dados, ou seja, a vigilância é da estrutura desse meio ambiente. (RODOTÀ, 2004, p. 135).

Uma forma de proteger os indivíduos nesse contexto é a anonimização dos dados. Entretanto, eles são utilizados para a criação de perfis de grupos, com base, por exemplo, no Código Postal, os quais, por sua vez, são utilizados para atribuir ou retirar direitos ou benefícios. Estes perfis são sempre parciais e incompletos, além se sua validade científica ainda for discutível (RODOTÀ, 2004, p. 136-138).

As pessoas, nesse processo, têm seu desenvolvimento pessoal afetado negativamente por um processo mediante o qual o indivíduo cede o controle de seus dados pessoais em troca do acesso a determinados bens ou facilidades (RODOTÀ, 2004, p. 136) “As tics parecem ter uma ‘natural’ tendência de entrar em conflito com o direito de construir livremente a própria esfera privada, entendida como autodeterminação informativa, como poder de controlar a circulação das próprias informações.” (RODOTÀ, 2004, p. 136 – tradução nossa).

Essa autodeterminação informativa se consolidou em diversos sistemas jurídicos, inclu-

sive o brasileiro, como direito à proteção de dados pessoais. Esse direito, como aponta Rodotà, é de dimensão pública, tanto que sua proteção é atribuída a uma autoridade independente (RODOTÀ, 2004, p. 169-170).

O capitalismo de vigilância está no cerne deste contexto. Segundo Shoshana Zuboff ele é uma forma sem precedentes do capitalismo em que a matéria prima é o exercício da nossa liberdade, nossas escolhas, naquilo que ela chamou de superávit comportamental. Nesse contexto, por diversas razões, as pessoas são levadas a fornecer seus dados sob a justificativa de melhoria de serviços e produtos fornecidos, o que acontece, mas em medida muito menor que o proveito extraído pelas big techs. Essas empresas vendem a predição de comportamento de consumidores e mesmo a sua capacidade de influenciar o comportamento deles com base nos sofisticados algoritmos. Esse poder aumenta conforme as pessoas cedem mais dados. Trata-se do que a autora chama de mercado de mecanismos futuros (ZUBOFF, 2019, p. 21-22).

Nesse contexto, o que aconteceu foi que surgiu um modelo econômico que oferece aos indivíduos e empresas serviços que os tornam real ou supostamente mais eficientes ou mais vendáveis. Chegar ao sucesso e se manter lá exige que o próprio indivíduo se torne um bem de consumo, uma mercadoria (BAUMAN, 2012, p. 9-11). E aí que entram as empresas de tecnologia que possibilitam aos indivíduos obterem informações e contatos necessários para tornarem-se vendáveis, especialmente em um momento de crise do capitalismo, pós 2008 em que os limites do sistema estavam ficando evidentes e a desigualdade social crescia cada vez mais. Assim, foi permitida a aquisição de uma quantidade tal de dados, a qual passou a permitir o referido superávit comportamental.

Entretanto, esse tratamento, cada vez mais, é feito não no interesse do titular do dado e sim no interesse daquele que vai pagar para ter acesso às informações geradas por aquele tratamento. Isso começou no final dos anos 1990, início dos anos 2000, quando o Google, que havia acumulado uma grande quantidade de usuários os ajudando em suas buscas, percebeu que poderia lucrar muito mais com as apostas alheias no comportamento deles do que atendendo a suas necessidades (ZUBOFF, 2019: 141).

A esse argumento, acresce-se que, por diversos motivos, os indivíduos não têm condições de entender as consequências da cessão dos seus dados. Isso inclui questões como falta de tempo e conhecimento para entender os termos de uso dos dados (WALDMAN, ZAMBRANO E RONHA, 2023: 16-17) e a sua utilização anonimizada para a composição de perfis de grupo de dentre outros problemas, os quais se aprofundam com o uso do big data (MANTELARO, 2018: 654) e da inteligência artificial.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) lançou a "Chamada para Soluções de Tecnologias Inovadoras em Saúde para Situações de Recursos Limitados", destacando as tecnologias selecionadas no "Compêndio de Tecnologias Inovadoras em Saúde: Dispositivos Médicos, Soluções e-Health". Outro passo importante desse Organismo Internacional foi a promulgação da Resolução WHA60.29, que tem como escopo garantir a melhoria no acesso, qualidade e uso seguro dos dispositivos médicos (DA SILVA; VITA, 2022). Nesse sentido, novas tecnologias podem ser utilizadas pelos profissionais e pelos sistemas de saúde.

É inegável o grande potencial do tema no tocante aos seus aspectos práticos, sua eficácia

depende de vários fatores, como a precisão e a confiabilidade dos dados coletados. Existem preocupações relacionadas à exatidão dos sensores e à correta interpretação das informações por pacientes e profissionais de saúde. Além disso, o grande volume de dados gerados exige sistemas robustos para armazenamento e processamento, bem como métodos eficazes para filtrar as informações mais relevantes (MOREIRA et al., 2024).

Por tudo isso, a proteção de dados pessoais e anonimizados não é apenas um interesse dos seus titulares, mas de toda a sociedade. A regulamentação é necessária e precisa ser feita de um ponto de vista coletivo, porque os dados podem ser utilizados de formas muito danosas para todos e, do ponto de vista individual, os incentivos são para a concessão de dados quase como estratégia de sobrevivência. Nesse sentido, vale destacar a decisão do Supremo Tribunal Federal no Recursos Extraordinários 1.037.396 e 1.057.258 (julgados pelo Pleno em 26/05/2025) os quais tratam da (in)constitucionalidade do art. 19 do Marco Civil da Internet (Lei nº 12.965/14). Nesse caso, os Ministros, para além de declarar, por maioria de votos, a inconstitucionalidade do referido dispositivo, estabeleceram hipóteses em que as plataformas são responsáveis pelo conteúdo de terceiros, mesmo sem ordem judicial. Entretanto, embora, os votos ainda não tenham sido publicados, percebe-se que não ficou delineada uma principiologia para tema, mas sim uma tentativa de mapear temas que exigem maior proteção como o Estado Democrático de Direito e criança e adolescente etc. O tema da saúde, por exemplo, não foi mencionado na decisão.

Entretanto, a Constituição já tem um modelo de regulação delineado que não está sendo reconhecido pelo STF nesse caso, ao menos não de forma direta, de modo que é preciso apresentar uma visão crítica sobre seus fundamentos e uma proposta sobre como devem ser aplicados.

Então, esse trabalho procura oferecer justamente um direcionamento com base na Constituição Federal para essa normatização e pretende dialogar com a referida decisão, e com a doutrina e jurisprudência sobre o tema, de forma crítica, com base no seguinte paradigma: o direito brasileiro que, por meio de dois elementos, estabeleceu de lege lata, a inclusão do meio ambiente digital na proteção ambiental em sentido amplo.

IV. A proteção do meio ambiente digital na Constituição Brasileira e o princípio da prevenção

O primeiro elemento que a Constituição Brasileira oferece à nossa análise é a previsão do art. 216, II da Constituição Federal. Essa previsão inclui o meio ambiente digital no âmbito do patrimônio cultural, eis que “os modos de criar, fazer e viver” hoje são em importante parte, digitais, ou seja, hoje nos relacionamos, trabalhamos, pagamos contas, gerenciamos negócios, tramitamos processos judiciais, assistimos filmes, nos informamos e ouvimos música, dentre outras atividades, online. O patrimônio cultural é chamado de meio ambiente, portanto, o meio ambiente digital é parte do meio ambiente cultural (FIORILLO, 2015: loc. 2054-2080). O STF já reconheceu essa aplicação na ADPF 743, Rel. para o Acórdão Min. Flávio Dino, julgado pelo Pleno em 20/03/2024.

A consequência jurídica desse reconhecimento é fundada no segundo elemento: é a concepção do meio ambiente em sentido amplo, segundo a qual a distinção entre meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho é meramente didática (TRENNEPOHL, 2024: 16-19 e 21), eis que o meio ambiente é uno. Trata-se de um conceito amplo de

meio ambiente, adotado pela doutrina e jurisprudência brasileiras (SARLET; FENSTERSEIFER, 2023, p. 167). Nesse sentido, o meio ambiente digital é um aspecto do meio ambiente enquanto bem de uso comum no povo, no contexto do art. 225 da CF (FIORILLO, 2015, loc. 2763): “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.”

Decorrência lógica do desenvolvido até o momento é que os princípios de direito ambiental se aplicam ao meio ambiente cultural e, portanto, ao meio ambiente digital; isso implica que os princípios e regras de direito ambiental se aplicam *mutatis mutandis* a todos os aspectos do meio ambiente. A título de exemplo, podemos analisar o princípio da prevenção. Tal princípio estabelece que onde se sabe que um dano ambiental pode ocorrer se determinadas medidas não forem tomadas, as mesmas devem ser exigidas daqueles que atuam sobre o meio ambiente.

Esse princípio, reconhecido no caput do art. 225 da Constituição Federal e § 3º, também consta da Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992 da Lei Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº 6938/1981), da Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) e do PL 2338/2023. A Lei nº 6938/1981 é, importante destacar, prevê em seu art. 9, IV: “o licenciamento e a revisão de atividades efetivas ou potencialmente poluidoras”. Ou seja, a necessidade de que aquele que realize tal atividade solicite e obtenha uma autorização do poder público para que possa exercê-la. Essa autorização é passível de revisão: ela não significa um direito adquirido a poluir, conforme posicionamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgInt no REsp n. 1.676.609/SP, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/6/2020.

Vamos destacar alguns aspectos da implementação deste princípio no direito ambiental e como eles podem, e devem, por mandamento constitucional, ser implementados para o meio ambiente digital. O tema do licenciamento é um bom exemplo sobre como se poderia utilizar as regras de direito ambiental como modelo para o meio ambiente digital. Senão vejamos: conforme a Lei 15190/2025, licenciamento ambiental é o “processo administrativo destinado a licenciar atividade ou empreendimento utilizador de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidor ou capaz, sob qualquer forma, de causar degradação do meio ambiente.”

Entende-se a prestação de serviços ou venda de produtos do ambiente digital de ter prevista em Lei a realização de um processo de licenciamento conforme o tipo de impacto que pode ter no meio ambiente digital e outros direitos fundamentais envolvidos na realização daquele serviço.

Assim, por exemplo, redes sociais, mecanismos de busca, mecanismos de recomendação, devem ser objeto de licenciamento. Esse procedimento precisaria envolver uma discussão entre o órgão regulador e os requisitos necessários para o licenciamento. Isso é muito importante porque com o desenvolvimento cada vez mais veloz da tecnologia, cada serviço desses requer uma análise customizada sobre como melhor proteger o meio ambiente e os demais direitos fundamentais no ambiente digital, tendo em vista as características de cada serviço.

Para Mantelaro (2018), o fato de que o big data é tão centralizado em poucas companhias e pervasivo no tratamento de dados na sociedade, somado às limitações já mencionadas ao consentimento a tal tratamento pelos indivíduos (como se pode falar hoje sobre a inteligência artificial), faz com que seja necessário um sistema muito semelhante ao nosso licenciamento ambiental.

Vale lembrar que Rodotà já percebia as limitações do consenso individual em obra publicada ainda na década de 1970, afirmando que o consenso é, em grande parte, um mito da medida em que o indivíduo com frequência está em condições nas quais ele não vai tomar os devidos cuidados ao conceder acesso a seus dados pessoais, como no caso em que pede um empréstimo ou procura um emprego. Ele compara esta situação a outras, por exemplo, o transplante de órgãos, o qual é altamente regulado de modo a que pacientes não sejam levados, por medo da morte, a se sujeitarem a procedimentos arriscados e antiéticos. Os experimentos e as atividades de transplantes devem adotar procedimentos previstos em lei, para garantir que os direitos dos interessados sejam respeitados. Por exemplo, a equipe a realizar o transplante não pode ser a mesma que atesta a morte do doador (2018: 44-48). Ele, inclusive, trata o uso dos computadores para tratamento de dados como uma forma de poluição (2018: 73).

MANTELARO (2018, p. 647-648) faz uma analogia do atual momento da proteção de dados com o que acontecia no período da primeira geração da proteção de dados. Nesse período, a partir da década de 1960, os “mainframes”, grandes computadores que podiam ocupar prédios inteiros, permitiram que governos e grandes companhias pudessem obter e acumular grandes quantidades de dados sobre os indivíduos. A preocupação do legislador nesse momento não foi com a autonomia dos titulares dos dados, mas com a transparência no modo como esses dados eram tratados. Naquela época, as informações eram obtidas pelo governo por razões de interesse público, com a prestação de serviços pelo Estado, então, não havia a opção de não ceder os dados. As empresas, por seu lado, não usavam os dados com fins econômicos, mas apenas para a organização de suas atividades internas. Entretanto, havia o risco de uso para fins de controle e perseguição política e social, além da utilização para fins fiscais (RODOTÀ, 2018: 30).

Aduz ainda a problemática da dificuldade dos indivíduos, a época, de compreender o funcionamento daqueles computadores gigantes e compara com o atual desconhecimento sobre o big data (MANTELARO, 2018: 648), o que, se ressalta novamente, pode ser aplicado também para a inteligência artificial.

Assim, a questão, naquele momento, não era garantir o livre consentimento do titular, pois a coleta e tratamento de dados eram centralizados e inevitáveis, mas era controlar os bancos de dados existentes e o modo como o tratamento era feito. O direito do titular ao acesso aos dados que os controladores possuíam sobre ele também era garantido. Por fim, foram criadas autoridades independentes para fiscalizar os bancos de dados (MANTELARO, 2018: 648).

Pois bem, o autor entende, no mesmo sentido de outros autores já citados, que o tratamento de dados, em especial com o big data, é realizado por poucas companhias muito poderosas e que o consentimento dos titulares de dados é por demais frágil em nosso contexto social e tecnológico. Deste modo, considera que a situação atual é muito semelhante a da década de 1960 e 1970, e propõe uma legislação mais focada em um sistema

de proteção do interesse público e menos baseada no consenso (MANTELARO, 2018: 651-652).

Mantelaro, então, dada a semelhança da situação atual, defende um modelo que procura ser mais completo e envolve uma análise prévia de impacto do tratamento de dados com big data, incluindo questões como proteção de dados, vigilância social e discriminação, bem como questões éticas. Essa análise deve ser feita por uma entidade terceira e aprovada pela autoridade de proteção de dados, antes do tratamento de dados ser utilizado (2018, p. 656-657). Essa análise, diz Mantelaro, deve ser contínua, considerando todo ciclo de vida do serviço de tratamento (2018: 658).

A implementação desse modelo depende de muitas variáveis e vai além do objeto desse trabalho de descrevê-las, mas é possível indicar algumas possibilidades, em especial a partir do exemplo do Regulamento Europeu de Inteligência Artificial (Regulamento (UE) 2024/1689). Mantelaro (2024:16) analisa a Avaliação de impacto dos sistemas de IA de risco elevado sobre os direitos fundamentais, previsto no art. 27º do mencionado Regulamento, na qual, antes da entrada no mercado de um sistema de IA de risco elevado, são identificados os direitos e as pessoas que podem ser negativamente afetadas e se prevê medidas para atender os efetivamente prejudicados. O autor (Mantelaro, 2024:10-17) ainda propõe que essa avaliação deveria envolver a identificação de riscos para direitos fundamentais e a previsão de medidas para evitá-los ou mitigá-los. Trata-se de relevantes diretrizes para o caso brasileiro.

A regulamentação do meio ambiente digital no Brasil, então, deveria adotar esse modelo, com necessidade de licença do Estado para a atuação no mesmo, conforme o tipo de impacto que causa ou pode causar. O tema do direito à saúde no meio ambiente digital também exige uma abordagem preventiva.

Incorporar a lógica do licenciamento ambiental é oportuno, especialmente por meio da definição de critérios de impacto capazes de identificar atividades “potencialmente poluentes”. Esses critérios podem incluir a escala de usuários expostos, o tipo de algoritmo de recomendação empregado, o grau de opacidade e auditabilidade dos modelos, a velocidade de propagação de conteúdo, a existência de coordenação artificial (bots) e, especialmente, a evidência de danos à saúde pública associados à disseminação de desinformação. Organizações como a WHO (2024) e estudos mais contemporâneos (Hosseini, 2024; Feng, 2025) apontam que a detecção de desinformação em saúde demonstra que algoritmos otimizados por engajamento amplificam conteúdos nocivos, contribuindo para hesitação vacinal, adoção de práticas inseguras e aumento de riscos sanitários. De outro lado, a partir da perspectiva ambiental, relatórios da OECD (2024) indicam ainda que operações digitais intensivas — como grandes modelos de IA — produzem externalidades físicas relevantes, sobretudo consumo energético e impacto de data centers.

Assim, umas das possibilidades de indicador ou critério é o Índice de Risco Digital, que permita classificar plataformas e serviços segundo seu potencial de dano socioambiental e à saúde pública. É imperioso que haja um canal de comunicação e troca de dados entre as autoridades reguladoras ANPD, ANATEL, órgãos ambientais e autoridades de saúde, para que haja compartilhamento de informações, na análise de riscos e na imposição de medidas mitigatórias, permitindo, assim, a instauração de um processo de licenciamento ambiental-digital, especialmente quando houver risco significativo decorrente de

opacidade algorítmica, amplificação de desinformação ou impacto físico associado à infraestrutura digital.

Trata-se, em última análise, do uso do Princípio da Prevenção, que autoriza a atuação regulatória mesmo diante de incerteza científica quando há suspeita razoável de dano coletivo relevante. A cadeia causal que liga a degradação do ambiente digital a efeitos mensuráveis na saúde — amplamente documentada por estudos da OMS e por pesquisas sobre infodemia — demonstra que ambientes informacionais contaminados elevam riscos epidemiológicos e prejudicam políticas de saúde pública. Assim, um sistema integrado de classificação, auditoria, transparência e licenciamento torna-se instrumento fundamental para proteger tanto o ambiente digital quanto a saúde coletiva, alinhando o Brasil a padrões internacionais de governança responsável de tecnologias.

V. O princípio da prevenção na proteção da saúde

Para maximizar o impacto das novas tecnologias, é fundamental que sejam estabelecidos padrões regulatórios claros para garantir a qualidade e a segurança dos dados coletados, prevenindo danos. Também são importantes as questões éticas e de proteção de dados associadas ao uso de “wearables” no monitoramento da saúde. A coleta contínua de dados pessoais e de saúde levanta preocupações significativas sobre a proteção da privacidade dos pacientes. Embora haja avanços na criptografia e no armazenamento seguro de dados, os riscos ainda persistem de vazamento de informações sensíveis (MOREIRA et al., 2024). Além disso, a precisão das medições fornecidas por esses dispositivos é outro ponto crítico e bastante discutido. Discrepâncias nos dados podem levar a diagnósticos errôneos ou a falhas no monitoramento de condições de saúde críticas (SANTOS et al., 2024).

Além disso, a comercialização dos dados de saúde, sem o consentimento explícito dos pacientes, pode resultar em implicações éticas profundas, como discriminação em seguros ou no mercado de trabalho (CHIRUVELLA, 2021). Portanto, a adoção de tecnologias inovadoras em saúde deve ser acompanhada de políticas rigorosas de proteção de dados, além de uma discussão contínua sobre os direitos dos pacientes em relação ao uso de suas informações de saúde.

Além dos desafios técnicos e éticos, há barreiras relacionadas à acessibilidade e à adesão dos pacientes. Embora essas tecnologias estejam cada vez mais acessíveis, ainda existem questões relacionadas ao custo, especialmente em populações de baixa renda. A distribuição desigual de dispositivos tecnológicos pode exacerbar as disparidades de saúde entre diferentes grupos socioeconômicos.

No cenário regulatório, uma das possibilidades de resposta possível para a identificação e desenvolvimento de soluções aos desafios ora trazidos, seria a adoção do sandbox regulatório (ambiente controlado e flexível criado por órgãos reguladores para que empresas possam testar produtos, serviços e modelos de negócio inovadores por um tempo determinado), que pode propiciar respostas mais rápidas e efetivas à evolução tecnológica dos dispositivos vestíveis. A terminologia sandbox tem sua origem na Tecnologia da Informação (TI), onde designa um ambiente isolado e seguro usado para testar softwares, códigos ou sistemas, sem comprometer a integridade dos sistemas principais ou expor dados sensíveis. Essa perspectiva foi adaptada para o contexto regulatório, mantendo a metáfora da chamada “caixa de areia” dos parques infantis, que permite

experimentação e flexibilidade para moldar novas estruturas (Rivelli, 2024).

O referido modelo regulatório é uma ferramenta relativamente recente. O Financial Conduct Authority (FCA) do Reino Unido foi pioneiro ao fazer uso de sandboxes regulatórios como ambiente isolado de experimentação voltados ao mercado financeiro, em 2015. A própria União Europeia, por meio da lei que regulamenta o uso e exploração da Inteligência Artificial (conhecida como “AI Act”), traz regras gerais para que o modelo funcione propriamente.

Em seu capítulo 57, especificamente, ela define que cada um de seus Estados-Membros criem ao menos um sandbox regulatório para Inteligência Artificial, o que demonstra a relevância com que o tema é enxergado na região. E não é só. Referida exigência possui, ainda, a definição de um prazo mínimo (agosto de 2026) dentro do qual referidos sandboxes devem estar devidamente implementados e operacionais.

Vê-se, assim, a clara preocupação do legislador europeu em definir que o modelo de sandbox regulatório tenha natureza perene, definitiva, com o intuito de assegurar que iniciativas tecnológicas e inovadoras tenham espaço para a devida experimentação e prova de conceitos. Referida medida busca incentivar novas tecnologias e projetos de inovação que, de outra forma, poderiam não ter condições mínimas necessárias para se tornar realidade, especialmente em se tratando de projetos disruptivos que possam colidir com normas pré-existentes (e, em muitos casos, desatualizadas, não acompanhando a realidade atual).

No Brasil, essa modalidade regulatória tem sido discutida. Ela foi, inclusive, abordada no texto original do PL 2.338/2023, conhecido como “PL da Inteligência Artificial”, e permanece prevista na versão atual do texto, que fora recentemente aprovado pelo Senado Federal e remetido para a Câmara dos Deputados para a devida revisão. Nessa perspectiva regulatória, toca às autoridades competentes autorizar o funcionamento dos sandboxes regulatórios, podendo interromper a testagem ou emitir recomendações no intuito de preservar direitos fundamentais, segurança e proteção de dados pessoais.

Não obstante, é importante mencionar que a implementação da modalidade não é novidade no Brasil. Em 2021, por exemplo, foi autorizada pelo Banco Central do Brasil (BACEN) a sua implementação voltada para experimentações diversas relacionadas a blockchains e meios de pagamentos, possibilitando a validação de conceitos e a consequente prova de suas viabilidades (ou não) por parte de instituições financeiras pré-definidas.

Neste sentido, reforça-se, o estabelecimento de sandboxes regulatórios se apresenta como alternativa apta a atender os diferentes interesses existentes nesse cenário. Por um lado, há os interesses da sociedade civil, que estariam salvaguardados na medida em que o estabelecimento deste modelo envolve a definição dos requisitos mínimos a eles aplicáveis. Tópicos como a sua duração, abrangência e os próprios limites da experimentação almejada seriam pré-definidos, assim como os limites das responsabilidades legais aplicáveis aos seus participantes. Por outro lado, há os interesses de empresas e organizações diversas envolvidas em atividades de inovação, que acabariam atraídas pela existência de regras claras, ajustadas à realidade atual e previamente definidas para o desenvolvimento e teste de seus conceitos.

Mostra-se necessário, todavia, cuidar para que a implementação de regulamentações que viabilizem a modalidade traga consigo, também, as regras para que ela seja implementada de modo responsável. Nesse sentido, importante definir não apenas tópicos gerais e centrais (como os já mencionados: duração, abrangência, limites da experimentação e responsabilidades legais dos partícipes), mas também questões adicionais indispensáveis para o seu pleno funcionamento.

Um bom exemplo é a regra da transparência, que tem por objetivo assegurar o acesso aos detalhes do funcionamento de cada tecnologia, de modo a evitar a chamada “opacidade tecnológica” ou “opacidade algorítmica”, assim entendida como a não-clareza sobre o funcionamento da tecnologia e os critérios por ela considerados para as suas decisões. Apesar de controvertido, tendo em vista a dificuldade de estabelecimento do alcance dessa transparência quando confrontada com limitações técnicas e interesses comerciais.

É importante também referir a necessidade da constante avaliação dos produtos e serviços que caracteriza o sistema de licenciamento mencionado acima. Uma vez verificado que os produtos e serviços podem ser expandido para sociedade em geral, isso não significa que novos riscos para a proteção de dados e saúde das pessoas não aparecerão. Por isso as licenças precisam ser temporárias e revogáveis quando se verificar que os sistemas não seguros.

VI. Considerações finais

O meio ambiente digital emerge como uma nova dimensão do ambiente tutelado pelo direito, na medida em que a vida humana contemporânea está profundamente interligada às infraestruturas tecnológicas e informacionais que estruturam o ciberespaço. A consolidação de uma sociedade hiperconectada, e mediada por dados, exige uma reinterpretação dos conceitos clássicos de meio ambiente, função social e bem comum, de modo a abarcar os desafios éticos, políticos e jurídicos decorrentes da transformação digital.

A sociedade em rede, como observa Floridi, desloca o eixo da experiência humana para a infosfera, isto é, o espaço imaterial em que circulam dados, informações e interações sociais mediadas por algoritmos e dispositivos digitais. Nesse contexto, o meio ambiente digital deve ser reconhecido como ecossistema informacional, cuja integridade é indispensável para a manutenção da vida democrática, da liberdade de expressão, da proteção de dados, da saúde e da própria dignidade da pessoa humana. Assim, trata-se de um ambiente existencial, que condiciona as formas de convivência, de produção e de exercício da cidadania, com garantias básicas para os indivíduos com o direito à saúde.

Sob essa perspectiva, e considerando a dicção do art. 216, II da Constituição Federal, no caso do Brasil, a aplicação dos princípios do Direito Ambiental para o domínio digital mostra-se um caminho teórico e normativo legítimo e necessário. A aplicação do princípio prevenção permite antecipar e mitigar danos coletivos decorrentes de práticas tecnológicas descontroladas — como a desinformação sistemática, o uso predatório de dados pessoais e a manipulação algorítmica de comportamentos sociais.

A regulação jurídica, portanto, deve transcender a lógica exclusivamente mercadológica e adotar uma visão ecossistêmica, que considere a interdependência entre tecnologia,

sociedade e ambiente. Isso é especialmente importante quando se fala no direito à saúde, o qual pode se beneficiar muito de novas tecnologias, mas precisa ser protegido de formas irresponsáveis que colocam em risco tal direito, além da proteção de dados, do direito a não discriminação, dentre outros direitos fundamentais. A estratégia do sandbox regulatório é uma forma de atentar para tais aspectos, mas pode garantir uma situação jurídica que não possa mais ser revista.

A incorporação da teoria do comum, proposta por Dardot e Laval, reforça a necessidade de conceber o meio ambiente digital como bem de uso coletivo, cuja gestão democrática é imprescindível à proteção dos direitos fundamentais e à preservação das condições de liberdade. Tal perspectiva encontra eco nas críticas de Zuboff ao capitalismo de vigilância, que transforma dados humanos em mercadoria e converte a experiência cotidiana em fonte de extração de valor econômico.

Dessa forma, a pesquisa conduzida permite concluir que o reconhecimento jurídico do meio ambiente digital é uma necessidade estrutural para o século XXI. Assim como o Direito Ambiental surgiu em resposta às crises ecológicas da modernidade industrial, o Direito do Meio Ambiente Digital surge como resposta à crise ética e informacional da era tecnológica. O futuro da regulação digital depende da capacidade do Direito de integrar valores como transparência, solidariedade, equidade e sustentabilidade à dinâmica das inovações tecnológicas. Isso significa um modelo aberto à inovação para a melhoria da qualidade de vida, mas sempre atento aos riscos gerados pela própria inovação

Referências

- Banco Central (2021). *Sandbox BC divulga projetos selecionados*. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/592/noticia>. Acesso em 27 mar. 2025.
- Bauman, Z. (2012). *Vida para consumo* [Edição digital]. Rio de Janeiro: Jorge Zahar.
- Beck, U. (1998). *Políticas ecológicas en la edad del riesgo: Antídotos a la irresponsabilidad organizada*. Barcelona: El Roure Editorial.
- Benjamin, A. H. V. (1993). *Função ambiental: Dano ambiental*. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79061973.pdf>. Acesso em 27 mar. 2025.
- Bollini, A. (2020). *Ambiente digital e direito*. Roma: Aracne.
- Chiruvella, V. et al. (2021). Ethical issues in patient data ownership. *Interactive journal of medical research*, 10, (2): e22269. Disponível em: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/34018968/>. Acesso em 27 mar. 2025.
- Da Silva, F. F.; Vita, Jonathan Barros. (2017) Wearables, telemedicina e o futuro da Saúde no Brasil: novas tendências em tecnologias em saúde para enfrentamento de pandemias, *Revista Hamanidades e Inovação*, 9(19): 195-211.
- Dardot, P., & Laval, C. (2017). *Comum: Ensaio sobre a revolução no século XXI*. São Paulo: Boitempo.
- Feng, X., et al. (2025). Health misinformation detection: Approaches, challenges and future directions. *JMIR*. Retrieved from <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC12589804/>
- Fiorillo, C. A. P. (2015). *Princípios constitucionais do direito da sociedade da informação: A tutela do meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva.
- Floridi, L. (2004). The ontological interpretation of informational privacy. *Ethics and In-*

formation Technology, 7(4), 185–200. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s10676-004-6495-8> Acesso em 27 mar. 2025.

- Floridi, L. (2013). *The ethics of information*. Oxford: Oxford University Press.
- Hosseini, M., et al. (2024). A social-environmental impact perspective of generative AI. *Journal/Proceedings*. Elsevier. Retrieved from <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2666498424001340>
- Information Commissioner's Office. (2017). Big data, artificial intelligence, machine learning and data protection. *Data Protection Act and General Data Protection Regulation*.
- Mantelaro, A. (2024). The Fundamental Rights Impact Assessment (FRIA) in the AI Act: Roots, legal obligations and key elements for a model template. *Computer Law & Security Review: The International Journal of Technology Law and Practice* 54, 106020. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.106020> Acesso em 27 mar. 2025.
- Mantelaro, A. (2018). AI and Big Data: A blueprint for a human rights, social and ethical impact assessment. *Computer Law & Security Review*, 34(4). Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2018.05.017> Acesso em 27 mar. 2025.
- Milaré, E. (2011). *Direito do ambiente: A gestão ambiental em foco* (7ª ed. rev., atual. e reformulada). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- Moreira, F. E. et al. (2024). O futuro da saúde digital: integração de wearables e monitoramento remoto de pacientes. *Contribuciones a las Ciencias Sociales*, [S. l.], 17(12): e12361. Disponível em: <https://doi.org/10.55905/revconv.17n.12-024>. Acesso em 27 mar. 2025.
- O'Neil, C. (2020). *Algoritmos de destruição em massa: Como o big data aumenta a desigualdade e ameaça a democracia* (1 ed.). Santo André, SP: Editora Rua do Sabão.
- OECD. (2024). *Measuring the environmental impacts of artificial intelligence: Compute and applications*. OECD Publishing. Retrieved from https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/publications/reports/2022/11/measuring-the-environmental-impacts-of-artificial-intelligence-compute-and-applications_3ddddd5/7babf571-en.pdf
- Pietro, M. S. Z. D. (2025). *Direito administrativo*. (38 ed.). São Paulo: Grupo GEN. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/books/9788530995935> Acesso em 27 mar. 2025.
- RIVELLI, Fábio. Papel do sandbox regulatório na regulação dos sistemas de IA, *Conjur*, publicado em 7 de dezembro de 2024. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/coluna/ia-em-movimento/421706/papel-do-sandbox-regulatorio-na-regulacao-dos-sistemas-de-ia>. Acesso em 27 mar. 2025.
- Rodotà, S. (2004). *Tecnopolitica: La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione* (2ª ed.). Roma-Bari: Laterza.
- Rodotà, S. (2018). *Elaboratori elettronici e controllo sociale* (Ristampa anastatica a cura di Guido Alpa). Nápoles: Jovene Editore.
- Rodrigues Mazzei, M., Silveira, S. da, & Oliveira Faria, L. (2024). O protetor-recebedor e o poluidor-pagador: A mudança de paradigma através da Lei nº 14.119/2021 e a importância do fomento de serviços ambientais e instrumentos de *soft law*. *JURIS - Revista da Faculdade de Direito*, 34(2), 171–185. Disponível em: <https://doi.org/10.14295/juris.v34i2.17565> Acesso em 27 mar. 2025.
- Santos, L. M. dos et al. (2024). O papel dos dispositivos vestíveis e aplicativos de saúde digital na monitorização e promoção da saúde: uma revisão da literatura. *Contribuciones a las ciencias sociales*, [S. l.], 17, (7): e8955. DOI: 10.55905/revconv.17n.7-455. Disponível em: <https://ojs.revistacontribuciones.com/ojs/index.php/clcs/article/view/8955>. Acesso em 27 mar. 2025.
- Sarlet, I. W., & Fensterseifer, T. (2023). *Curso de direito ambiental* [E-book]. São Paulo: Grupo GEN. Disponível em: <https://app.minhabiblioteca.com.br/books/9786559648603>

Acesso em 27 mar. 2025.

- Trennepohl, T. (2024). *Manual de direito ambiental* [E-book]. São Paulo: SRV Editora LTDA. <https://app.minhabiblioteca.com.br/books/9788553620265>
- Vigliar, J. M. M., Waldman, R. L., & Lima, F. R. S. (2023). A proteção de dados como direito difuso no direito brasileiro. *Revista Justiça do Direito*, 37, 135–170.
- World Health Organization. (2024). *Infodemic*. WHO Health Topics. Retrieved from <https://www.who.int/health-topics/infodemic>
- Zuboff, S. (2019). *The age of surveillance capitalism*. Nova Iorque: Public Affairs.

Despatologización trans e identidad jurídica de género: hacia una salud pública con enfoque de derechos

Trans depathologization and legal gender identity: towards a rights-based public health approach

Laurie Nohemí Cely Céspedes¹; Laurie Nicolle Cely Céspedes²; Juan Carlos García García³

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)58](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)58)

Fecha de envío: 31.10.2025

Fecha de aceptación: 22.12.2025

RESUMEN:

En Colombia, el derecho a la salud de las personas trans no está expresamente reconocido en la Constitución Política. El alcance y contenido de los derechos han sido definidos progresivamente por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que apropió principios de igualdad material, dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad para llenar el vacío normativo del acceso de estas personas al sistema de salud.

La ausencia de un reconocimiento explícito evidencia una persistencia de discriminación estructural, articulada a prejuicios socioculturales y religiosos, transfobia y transmisoginia, aún estigmatizada por el paradigma biomédico patologizante.

A partir de hallazgos de tesis doctorales propias y un abordaje transdisciplinar, este artículo devela cómo la despatologización efectiva y la identidad jurídica de género -contrahegemónicas del biopoder y la biopolítica- constituyen condiciones sine qua non para materializar derechos a la salud de una población trans invisibilizada y excluida, tanto en sistemas de información sanitaria, como en políticas públicas y cobertura asistencial.

1 Médica y Cirujana, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Magíster en Investigación Salud Pública y Doctora en Salud Pública, Universidad Nacional de Colombia. Investigadora Fundación Cardiovascular de Colombia y Clacso Colombia. Catedrática Internado en Salud Pública, Escuela de Medicina, Universidad Industrial de Santander. Incelyc@unal.edu.co ORCID 0000-0001-8058-7363

2 Abogada, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista y Magíster en Derecho Penal y Procesal Penal Universidad Santo Tomás. Doctora en Derecho, Universidad Nacional de Colombia. Exdirectora de Investigación Facultad de Derecho Universidad Manuela Beltrán Bogotá. Directora Fundación Cumbres de Colombia. lcelyc@unal.edu.co ORCID 0009-0001-4373-7091

3 Abogado, Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Magíster en Derecho Universidad Santo Tomás. Magíster en Administración Pública ESAP. Doctorando en Estudios de Desarrollo y Territorio, Universidad La Salle. juanxo.g@gmail.com ORCID 0009-0001-3750-6924

ABSTRACT

In Colombia, the right to health for transgender people is not expressly recognized in the Political Constitution. Its scope and content have been progressively defined by the jurisprudence of the Constitutional Court, which adopted the principles of substantive equality, human dignity, and free development of personality to fill the legal void regarding access to the healthcare system.

The absence of explicit recognition demonstrates the persistence of structural discrimination, linked to sociocultural and religious prejudices, transphobia, and transmisogyny, still stigmatized by the pathologizing biomedical paradigm.

Based on findings from my doctoral dissertations and a transdisciplinary approach, this article reveals how effective depathologization and legal gender identity —counter-hegemonic to biopower and biopolitics— constitute essential conditions for realizing these rights for the transgender population, which is rendered invisible, excluded, and denied access to healthcare, both in health information systems and in public policies and healthcare coverage.

PALABRAS CLAVE: despatologización; salud pública; interseccionalidad; *biopolítica*; biopoder.

KEY WORDS: depathologization; public health; intersectionality; biopolitics; biopower.

I. Introducción

A nivel internacional, la despatologización de las identidades *trans* se configura como una expresión concreta del derecho a la salud y del principio de no discriminación, consagrados en los artículos 12 y 2.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), respectivamente. Este marco normativo ha sido reafirmado por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CESCR), que ha señalado que “la salud debe entenderse como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no meramente como la ausencia de enfermedad” (CESCR, 2022).

Históricamente, el requisito de verificación de la identidad de género no binaria mediante procesos de “Experticia PSI” (psicología, psicoanálisis y psiquiatría), lo cual permitió la formulación de clasificaciones diagnósticas que patologizan la diversidad de género. En otras palabras, la institucionalización de la *variación de género como objeto clínico* refuerza el binario masculino/femenino, invisibiliza las identidades no binarias y transgénero y legitima intervenciones médicas orientadas a “la corrección” del tránsito de género.

En este sentido, la patologización de las identidades *trans* se erige como una forma de estigmatización estructural que vulnera los derechos humanos, al asociar la identidad de género diversa con enfermedad, trastorno o anormalidad (OMS, 2022; ONU, 2023).

Desde la perspectiva de derechos humanos, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos observa que las personas *trans* enfrentan formas “alarmantes” de violación de sus derechos fundamentales: abuso y maltrato, violencia mortal, agresiones físicas, tortura y mutilaciones, ausencia de reconocimiento jurídico de género, procedimientos médicos forzados y la medicalización o farmacologización de identidades aún consideradas como “disfóricas” o “incongruentes” en los sistemas de salud de los Estados (OACNUD, 2023).

En esa dirección, el derecho a la despatologización se sustenta, por tanto, en la protección simultánea de la salud y la igualdad, pero adquiere una dimensión más profunda cuando se analiza junto al no reconocimiento jurídico de la identidad de género. Ambos fenómenos -la patologización y la negación de la identidad jurídica- operan como dispositivos de biopoder (Foucault, 2012) que mantienen relaciones de opresión, dominación y exclusión sobre las personas *trans*, impidiendo su acceso pleno a la atención sanitaria y al uso equitativo de los servicios de salud ofrecidos por el sistema (Butler, 2007; OPS, 2023).

En ese orden, la interdependencia entre el derecho a la salud y la identidad jurídica revela que la despatologización no es únicamente un asunto clínico, sino un problema estructural y político, directamente relacionado con la dignidad humana y la ciudadanía de la persona.

Desde la perspectiva de derechos humanos, negar la identidad jurídica de género de una persona *trans* implica reproducir un orden cisheteronormativo que condiciona el acceso a los servicios públicos al cumplimiento de un modelo binario de sexo-género.

Aunque en Colombia, el derecho a la salud de las personas *trans* no está expresamente reconocido en la Constitución Política, sí existe una línea jurisprudencial basada en un constitucionalismo progresista y transformador sobre la identidad *trans*, que en parte la ha garantizado a través de la integración progresiva de otros instrumentos del ordenamiento jurídico pero, el principio de discernibilidad no se ha materializado plenamente, porque no existe un marco conceptual sólido que integre la identidad legal de género y la orientación sexual como parte de un derecho a la salud, sin distinción ni limitación por razones de género.

La línea jurisprudencial colombiana que ha ratificado el concepto de identidad de género está consolidada en las sentencias: T-789 de 2013, T-036 de 2015, T-063 de 2015, T-141 de 2015, T-478 de 2015, C-257 de 2016, C-584 de 2015, C-659 de 2016, SU-214 de 2016, T-291 de 2016, T-297 de 2016, T-023 de 2017, T-720 de 2017, T-447 de 2019, C-519 de 2019, T-033 de 2022 y T 236 de 2023, principalmente.

Así mismo, respecto a la pertinencia de protección como sujetas de derecho, las sentencias hito T-099 de 2015 y T-033 de 2022 proferidas por la Corte, establecieron que las personas *trans* son sujetas de especial protección constitucional, y que las instituciones del Estado deben garantizar su acceso integral a la salud, sin exigir requisitos de patologización ni diagnósticos psiquiátricos previos para el reconocimiento de su identidad de género (Corte Constitucional, 2015; 2022).

De una parte, la Sentencia T-033 de 2022, ha sostenido que “las entidades estatales deben abstenerse de imponer exigencias médicas o diagnósticas para reconocer la identidad de género de las personas *trans*, por cuanto ello desconoce su autonomía y su derecho a la salud integral” (Corte Constitucional, 2022: 18); de otra, la Sentencia T 099 de 2015 de la Corte Constitucional de Colombia ordenó la expedición de una ley de género, el legislativo aún no ha legisla-tivamente desarrollado dicha ley de forma efectiva.

Por ello, immanente como derecho humano, la despatologización *trans* se proyecta como un imperativo ético y jurídico para avanzar hacia un modelo de salud pública con justicia

social, que supere la herencia colonial de los saberes médicos y el paradigma biomédico hegemónico. El reconocimiento de las personas trans como sujetos epistémicos de derecho y el conocimiento jurídico irrefutable como personas que son, constituyen el punto de partida para erradicar las prácticas institucionales que limitan su bienestar y participación plena en la vida social.

En el contexto colombiano, las barreras para el reconocimiento legal de la identidad de género contribuyen a lo que se describe como “experiencias de vida traumáticas de opresión”, en las que la negación del reconocimiento jurídico se convierte en excusa para la discriminación y la exclusión social, debido a prejuicios y estereotipos socioculturales y religiosos; por ello, el “*tránsito por los géneros*” se sigue interpretando como problema social y las personas trans catalogadas como “disfóricas” o “incongruentes”, dentro de un discurso biomédico dominante.

Estas violaciones a los derechos de las personas no deben entenderse como incidentales, sino como expresiones de un sistema de *biopoder* y *biopolítica* que opera de forma estructural para restringir el acceso de las personas *trans* -y por extensión, de las diversidades de género- a la educación, al empleo, a la salud y a la justicia social.

La falta de reconocimiento de la Identidad Jurídica de Género puede compararse con la pérdida simbólica de la propia humanidad, pues priva a las personas *trans* de los derechos inherentes a la condición humana y las condiciona a renunciar al acceso de procedimientos sanitarios o a tratamientos que afirmen su género, ante la incertidumbre de una atención discriminatoria o patologizante.

Dado que, en Colombia, las personas *trans* son reconocidas como sujetas de derecho, pero aún están inmersas en regímenes de dominación biomédica -*el biopoder*- y de entornos políticos y sociales injustos que las oprimen -*la biopolítica*-, que condicionan la voluntad institucional o por la capacidad instalada, en lugar de una garantía estructurada e irreversible con consecuencias sanitarias y vitales no adversas ni excluyentes, la pregunta de investigación que plantea este artículo es ¿La despatologización de las personas *trans* y el reconocimiento de la identidad jurídica de género en Colombia constituyen derechos prioritarios para garantizar una salud pública justa y el acceso universal a la asistencia sanitaria sin discriminación ni limitaciones?

Para responder a la pregunta central, fue necesario dar un abordaje transdisciplinario en torno a las categorías de análisis colegidas y desagregadas del siguiente marco relacional, con base en los hallazgos de las investigaciones -tesis doctorales- de las coautoras Cely (2025) y Cely (2026).

II. Marco relacional

Las experiencias de vida *trans* de estas personas, han sido estudiadas desde múltiples categorías de análisis como: sexo biológico, genitalidad, corporalidad, orientación sexual, deseo; sin embargo, mediante un abordaje transdisciplinario para la producción de conocimiento situado requiere de elementos conceptuales, posturas y planteamientos ontológicos, epistemológicos decoloniales, teórico-metodológicos, que incorporan categorías desde la construcción relacional de género (Butler, 2007; Connell, 2013). Así mismo, el conocimiento desde disciplinas como la antropología social, la sociología, la salud pública, la salud colectiva y el derecho, para comprender y debatir en profundidad las

problemáticas que enfrentan las personas con Orientaciones Sexuales e Identidades de Género Diversas (OSEIGD), porque “el género no es una verdad incuestionable e interna sino una construcción cultural naturalizada como parte de un sistema de heterosexualidad hegemónica”; por tanto, susceptible de cambio y replanteamiento.

II.1. Despatologización *trans* desde una perspectiva de salud pública y derechos humanos

La patologización, desde el ámbito psiquiátrico, histórica y sesgadamente ha asociado ciertas características corporales, identidades, prácticas y comportamientos de personas *trans* con estados de enfermedad o disforia. Sin embargo, la despatologización implica reconocer que estas categorizaciones no solo son médicas, sino que reflejan dinámicas estructurales que afectan a la orientación sexual, la identidad de género, la diversidad corporal y funcional, así como la salud mental (OMS, 2022).

A lo largo de la historia, las sociedades han construido modelos rígidos sobre lo que significa “ser mujer” o “ser hombre”, basados en una lógica binaria que excluye otras posibilidades de identidad. Estas estructuras, profundamente patriarcales, se reproducen a través de la familia, la educación, la religión, los espacios laborales y los medios de comunicación (CEPAL, 2020; Spivak y Giraldo, 2023). Según Gramsci, la hegemonía patriarcal se manifiesta como una forma de dominación donde la coerción convive con la aceptación voluntaria de las normas por parte de los sujetos subalternos (CMMH, 2015).

Si bien los debates históricos han mostrado cuestionamientos sobre la dicotomía sexo-género, las perspectivas filosóficas, biomédicas y religiosas hegemónicas han limitado el reconocimiento de identidades diversas y han perpetuado la discriminación social, incluso frente a avances legislativos que garantizan derechos de las personas *trans* (ONU, 2019). La estigmatización y la *criminalización* social por se de comportamientos y expresiones de género no normativas vulneran derechos y continúan generando violencia de género, incluidas aquellas de tipo letal (OACNUDH, 2023).

La falacia del género sexualizado se basa en el paradigma del sexo biológico asignado al nacer establece jerarquías que históricamente han privilegiado a los hombres, consolidando relaciones de poder y subordinación hacia quienes no se ajustan a estas normas (Estrada, 2015). Para las personas *trans*, estas jerarquías se traducen en formas específicas de violencia de género, muchas veces invisibilizadas, y en la negación de su identidad jurídica, pese a que los marcos legales internacionales y nacionales reconocen sus derechos (OPS, 2021; ONU, 2023). La construcción social de la “norma” en términos de género legitima prácticas discriminatorias y excluyentes que impactan directamente la salud, seguridad y derechos de las personas *trans*.

La patologización de las personas *trans* ha sido históricamente una práctica que no solo afecta su salud física y mental, sino que también refleja una relación *biopolítica* de poder que influye en su acceso a servicios de salud, educación y empleo. Esta dinámica ha sido objeto de revisión por parte de organismos internacionales como la Organización Mundial de la Salud (OMS), que ha reconocido la necesidad de revisar las clasificaciones diagnósticas que han contribuido a la patologización de las identidades *trans* (OMS, 2022).

El término “incongruencia de género”, utilizado en la Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE), ha sido criticado por perpetuar el estigma hacia las personas *trans*,

sugiriendo una inestabilidad en su identidad de género que contradice los principios universales del derecho internacional, como los establecidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (ONU, 2017) y en los Principios de Yogyakarta +10 (GATE, 2017). Esta clasificación ha sido objeto de debate, ya que, aunque se ha avanzado en su despatologización, persisten desafíos en su implementación efectiva en diversos contextos nacionales (ONU, 2023).

La exclusión de las personas *trans* en diversos ámbitos de su vida y derechos como en la atención sanitaria, la educación y el empleo, se ve reflejada en la falta de un modelo de atención sanitaria que respete sus derechos y necesidades específicas.

De manera reciente, mediante política consignada en el Documento del Consejo Nacional de Política Económica y Social Conpes (CONPES) No. 4147 del 26 de marzo de 2025, el gobierno colombiano formuló la naciente e incipiente Política Nacional para Garantía de los Derechos de la Población LGBTIQ+; en donde abunda una narrativa retórica -a veces revictimizándolas por lo impropio que discrimina bajo el sofisma de la inclusión- que, a la fecha no ha sido ejecutada.

La ausencia de un enfoque integral y libre de discriminación en los servicios de salud contribuye a la perpetuación de estigmas y a la violencia transfóbica, que en casos extremos puede resultar en transfeminicidio (CIDH, 2022).

La implementación de un modelo alternativo de 'atención sanitaria transespecífica' implica la adopción de enfoques que prioricen la autonomía y la autodeterminación de las personas *trans*, lo cual incluye la sustitución de evaluaciones psiquiátricas obligatorias por procesos de decisión informada, garantizando que las personas *trans* puedan acceder a tratamientos y servicios de salud que respeten su identidad de género sin ser patologizadas.

La despatologización *trans* no debe entenderse como una mera contraposición al diagnóstico de trastorno mental, sino como una 'legítima reivindicación del reconocimiento de la diversidad de género' como un derecho humano inalienable. Esta perspectiva "desafía las estructuras normativas que han considerado las identidades *trans* como desviaciones patológicas, promueve una visión más inclusiva y respetuosa de la identidad de género" (Suess, 2014: 134).

La emergencia y difusión del concepto de despatologización *trans* en el ámbito académico y activista ha permitido una reflexión crítica sobre las estructuras de poder que subyacen en la patologización de las identidades *trans*.

Así mismo, desde las principales contribuciones técnicas del 'activismo internacional' se encuentran la retirada de la clasificación de la transexualidad como trastorno mental en los manuales diagnósticos como el DSM y la CIE, el acceso público a una atención sanitaria transespecífica de alta calidad y libre de discriminación, y la implementación de modelos de atención que prioricen la decisión informada sobre la evaluación psiquiátrica (Suess, 2018: 133).

La patologización de las identidades *trans* se considera una violación de los principios fundamentales de los Derechos Humanos, porque impide el pleno ejercicio de la auto-

nomía y la autodeterminación de las personas *trans* y, el hecho de reconocer las identidades de género no binarias como una expresión legítima de la diversidad humana es un paso crucial para erradicar la violencia de género y promover una sociedad más inclusiva y respetuosa. “Las dinámicas de patologización y objetivación se observan no sólo en la bibliografía biomédica, sino también en la investigación social y antropológica, incluyendo enfoques que parten de un reconocimiento de la diversidad de género” (Suess, 2014: 135).

La despatologización *trans* emerge como una ‘reivindicación esencial para erradicar la estigmatización y violencia estructural’ que enfrentan las personas *trans* debido a la patologización histórica de su identidad. Este proceso implica reconocer la identidad de género *trans* como una expresión legítima de diversidad humana, no como un trastorno mental.

Abiétar (2019) considera que, desde una perspectiva interseccional, la despatologización busca transformar las estructuras sociales, jurídicas y sanitarias que perpetúan la exclusión y violencia transfóbica, planteamiento concomitante con OACNUDH (2023).

II.2. Construcción de la Identidad Jurídica de Género

A nivel internacional, los estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han establecido que el reconocimiento jurídico de la identidad de género es una obligación estatal. La Opinión Consultiva OC-24/17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2022), establece que los Estados deben garantizar procedimientos administrativos, rápidos y gratuitos para el reconocimiento de la identidad de género, sin exigir intervenciones médicas ni certificados psiquiátricos.

Aunque el reconocimiento del derecho a la identidad de género, no está contemplado expresamente en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “sí es el resultado de una interpretación armónica de los artículos 3, 7, 11.2, 11.3 y 18, como reconocimiento de la personalidad jurídica, el nombre libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la privacidad y el derecho al nombre” (Sierra y Varón, 2025: 6).

En este escrito se plantea una diferenciación comparativa -distante y disidente- de los elementos ontológicos y epistemológicos inherentes al paradigma positivista biomédico -hegemónico y dominante- frente a los desarrollos consagrados en los principios y obligaciones estatales derivados del derecho internacional de los derechos humanos; entre estos últimos destacan los Principios de Yogyakarta+10 (YP+10), que abordan la orientación sexual, la identidad de género, la expresión de género y las características sexuales (GATE, 2017), bajo la premisa socio-jurídica de que la diversidad no precisa de permisos. Los YP+10 como *soft law* no tienen carácter vinculante -aunque sí interpretativo-, en otras palabras, no son *per se* parte del bloque de constitucionalidad, pero direccionan lo ratificado en tratados de derechos humanos -que sí están contenidos en el bloque- y son acogidos por la Corte Constitucional como referente para aplicar derechos de OSEIGD, por tanto, aunque no son tratado, complementan estos deberes estatales de no discriminación y respeto a la dignidad, siendo una herramienta fundamental de la jurisprudencia y el Estado colombiano.

En lo pertinente, ninguna persona debe ser obligada a someterse a tratamientos médicos o psicológicos en función de su orientación sexual o identidad de género, reafirman-

do con ello la autodeterminación como un derecho humano fundamental (OACNUDH, 2019). No obstante, en muchos contextos a nivel nacional e internacional, la atención sanitaria *trans* sigue condicionada a diagnósticos psiquiátricos, lo que refuerza la patologización y limita el acceso a servicios de salud inclusivos y respetuosos (OMS, 2022).

Investigaciones recientes revelan que las personas *trans* y no binarias tienen significativamente mayores probabilidades de sufrir depresión y ansiedad en comparación con la población general, principalmente debido a la discriminación estructural y las barreras en el acceso a la atención sanitaria (OPS, 2021).

Paradójicamente, este entramado de control ha estigmatizado históricamente a las mujeres *trans* como seres ‘no naturales’, generando un efecto boomerang que, por lo contrario, ha impulsado la confluencia de académicas, intelectuales, colectivos no gubernamentales y activismos *trans* a nivel internacional, cuyos avances socio-jurídicos significativos y ejerciendo presión que ha comenzado a incidir incluso en sectores radicales u ortodoxos de la sociedad.

Por otro lado, para argumentar la construcción de la identidad jurídica en las personas *trans*, este trabajo reivindica la interacción entre el activismo por la despatologización *trans* -desde enfoques internacionales- de movimientos académicos y “Asociaciones por la Salud Transgénero”, entendiendo que es desde estos espacios que se logra la polivocidad y el lugar de enunciación de la persona como sujeta epistémica. Reconociendo que, junto a la violencia estructural subyacente al binarismo de género, opera también una mirada clínica sobre los cuerpos *trans*, se advierte que ello no implica transversalizar o confundir la situación con la de cuerpos intersex, que exige una especificidad de identidad *trans* con análisis propio y profundo.

En Colombia, la aprobación en primer debate legislativo de cuatro requeridos para una Ley Integral de Identidad de Género -10 años después de ser instada por la Corte Constitucional- representa un avance significativo hacia reconocer el derecho a modificar legalmente el sexo y nombre en los registros civiles, prohibir la discriminación y promover la inclusión en diferentes ámbitos. No obstante, persisten desafíos en la implementación efectiva de políticas públicas que garanticen el respeto y reconocimiento de las identidades *trans* (CEPAL, 2020).

II.3. El enfoque despatologizante desde la perspectiva teórica de interseccionalidad

El abordaje desde la perspectiva teórica de la **interseccionalidad** aporta *otra lente* para analizar los Marcadores de Diferenciación Social MDS cómo múltiples ejes de opresión -como género, orientación sexual, clase social, raza, etnia, credo religioso y condición jurídica- se intersecan para conformar la matriz de dominación, causa de opresión estructural que exacerba la vulnerabilidad. Ante la presencia de los cuatro dominios de la opresión -estructural, disciplinario, hegemónico e interpersonal-, la interseccionalidad encuadra en el análisis epistemológico del problema de discriminación (Collins, 2000; citada en Martínez Angarita, 2024).

Para el epistemólogo y activista internacional Amets Suess (2018), incorporar metodologías como la interseccionalidad en los análisis e investigaciones en salud *trans* permite comprender cómo diversas formas de desigualdad se intersecan y afectan de manera particular a las personas *trans* en situaciones de vulnerabilidad, discriminación y exclusión.

Desde la perspectiva de la justicia en salud para personas transgénero, Wesp et al. (2019) construyeron una metodología en el Intersectionality Research for Transgender Health Justice (IRTHJ), la cual plantea tres acciones fundamentales: (i) intersecar las relaciones de poder, (ii) interrumpir el statu quo y (iii) centrar el conocimiento situado o incorporado. Esta aproximación proporciona herramientas conceptuales y metodológicas para transformar el diseño, implementación e interpretación de investigaciones sobre salud *trans*, considerando la importancia del reconocimiento de la identidad jurídica por parte de las instituciones y los efectos de múltiples marcadores sociales como género, raza, etnia, clase social, orientación sexual, condiciones de vida y credo religioso.

El abordaje relacional desde la perspectiva teórica de interseccionalidad, tal como lo proponen Martínez Angarita (2024) y Ghamesi et al. (2021), permite analizar formas de opresión complementarias y teorizar los mecanismos mediante los cuales las inequidades sociales producen desigualdad en salud y vulneración de derechos humanos de las poblaciones *trans*.

Considerada desde la perspectiva de conocimiento situado, la interseccionalidad aporta un marco transdisciplinario para producir conocimiento sobre las experiencias de las personas *trans* en ciencias sociales y Derecho, articulando análisis fenomenológicos y hermenéuticos basados en marcadores de diferencia social. Esta perspectiva se distancia de nociones biologicistas o naturalizantes de la identidad de género, y permite construir relaciones de análisis interdisciplinario centradas en la agencia, la subjetividad y los derechos de las personas *trans* (Ghamesi et al., 2021; Suess Schwend, 2018).

En este marco, la OACNUDH (2023) recomienda que los Estados garanticen el acceso a servicios de atención sanitaria de calidad y a información relacionada con la salud para personas *trans*, incluyendo la prestación de atención para la afirmación del género como una obligación estatal que no dependa de un diagnóstico médico. Asimismo, insta a adoptar medidas enérgicas para eliminar prácticas coercitivas como la 'terapia de conversión', evaluaciones psiquiátricas forzadas PSI, cirugías coercitivas o involuntarias, esterilización forzada y otros procedimientos médicos coercitivos impuestos a personas *trans* y de género diverso.

II.4. La salud colectiva como determinación social: un derecho humano y una necesidad social

Para Nohemí Cely (2026), el marco de relaciones que posibilita elaboración del proceso salud enfermedad desde su complejidad estructural, reconociendo las desigualdades en salud -en torno a la categoría transversal del género- pasa por los cinco ejes conceptuales de la Salud Colectiva: (i) *la determinación social de la salud*, (ii) *la reproducción social*, (iii) *las inequidades en salud* -cómo las estructuras de poder influyen en el acceso y calidad de la atención- (iv) *la autonomía relativa y subsunción* (v) *el metabolismo sociedad-naturaleza*.

En concreto, en reconocimiento de las concepciones contenidas en los *determinantes sociales de la salud*, no solo se establecen los factores -fuerzas sociales, económicas y políticas a gran escala que influyen en la salud y en la vida de las personas *trans*- sino de priorizar aquellos elementos que garanticen la salud integral sin discriminación; ello implica respetar y fortalecer el "Proceso de Construcción Corporal" (PCC) y promover su salud mental y psicosocial. Las experiencias de vida de personas *trans* -sobrecargadas por actos discriminatorios, estigmatización y fobias- funcionan como obstáculo estructu-

ral para recurrir al sistema de salud ante cualquier problema sanitario. Tanto el proceso de construcción corporal como la salud integral son indivisibles ante cualquier necesidad vinculada al bienestar, en especial, “en torno a las discriminaciones que continúan operando y limitando el acceso sobre todo para las mujeres *trans*, a la falta de conocimientos sobre las experiencias corporales y subjetivas” (Cordero y Saletti, 2025: 14).

En ese sentido, el desconocimiento de las personas *trans* como sujetos epistémicos en los estudios científicos de salud se inscribe en la injusticia epistémica, manifestada tanto en su dimensión hermenéutica como testimonial (Fricker, 2007; 2017), puesto que no se considera su lugar de enunciación desde el cual construir conocimiento. Esta omisión limita su empoderamiento e invisibiliza la persistente y sistemática violación de sus derechos humanos.

II.5. La Patologización *trans* como relación *biopolítica* y de poder

El abordaje desde estas categorías se aborda desde tres secciones bien diferenciadas:

En la primera, se presenta, analiza y compara el estado del arte sobre las perspectivas de la despatologización y su pertinencia para el contexto colombiano.

En la segunda, se examina si el ordenamiento jurídico colombiano está suficientemente estructurado para reconocer la identidad jurídica de las mujeres *trans*.

En la tercera, se ofrece una mirada ontológica, una epistemología transfeminista y una metodología interseccional para la producción de conocimiento *trans* -que desde los ejes de opresión de los determinantes sociales de la salud- desarrolle el nuevo enfoque que posibilite el reconocimiento real del derecho a la Identidad Jurídica de Género de las personas *trans*, en concordancia con las epistemologías alternativas de carácter interseccional y disidentes del hegemónico discurso biomédico.

II.6. El biopoder y la biopolítica en la garantía de derechos a la salud

La relación de poder y hegemonía, entendida como *biopoder* y *biopolítica*, juega un papel crucial en la garantía de los derechos a una salud saludable y estable para las personas *trans*. Incorporar la despatologización *trans* como política pública en salud es esencial para materializar una atención que respete la diversidad de género y promueva la inclusión social.

El reconocimiento legal del género de una persona *trans* sin requisitos médicos es un avance significativo en la normativa, aunque en muchos casos su implementación práctica sigue siendo limitada. La falta de respeto a la dignidad y derechos de las personas *trans* evidencia la necesidad de una transformación profunda en las estructuras sociales y jurídicas que perpetúan su exclusión (Suess, 2018).

II.7. Hacia una despatologización desde una epistemología transfeminista y *trans*-específica

Las razones de fondo para afirmar la prioridad de los diferentes mecanismos -antropológicos, sanitarios y jurídicos- de auto enunciación e interacción personal -subjetiva e intersubjetiva- para comprender la experiencia de vida *trans* mediante prácticas, se centran en la identificación, significación y transformación de sus trayectorias de vida de las personas *trans*, en abierta disidencia y subversión frente al paradigma biomédico

normalizador, este artículo propone, desde postulados de Michel Foucault (2012) y Judith Butler (2007), reconfigurar las relaciones de saber-poder y las formas de control de las 'cuerpas en tránsito' ejercidas desde la matriz de dominación -transversal al tejido social- que representa el micropoder de la *biopolítica*.

La patologización de las personas *trans* descansa entonces en la falsa dicotomía entre *cuerpas patologizadas* -personas *trans*- y *cuerpos no trans* -cisgénero- porque ontológica y epistemológicamente no pueden existir dos tipos diferenciados de cuerpos femeninas -las *trans* y las no *trans*- y, en consecuencia, tampoco pueden existir dos identidades jurídicas diferentes para una misma categoría de género, dado que comparten la condición de mujer. Se trata, entonces, de la práctica social hegemónica del discurso biomédico -de la ciencia o experticias PSI- que oculta la cisheteronormatividad.

Los planteamientos aquí expuestos derivan de un proceso de revisión detallada del estado del arte y de una postura epistemológica, histórico-filosófica y ontológica, abordada de modo transversal, interseccional y transdisciplinar, para apropiarse de los saberes con una mirada objetiva, dialogante y crítica, tratada con el rigor requerido en las ciencias jurídicas y con la sensibilidad ética y *biopolítica* imprescindible para la producción de sentido en el escenario de lo *trans*. En ese marco, se sostiene que la patologización *trans* se funda sobre la dicotomía entre "cuerpos *trans*" -patologizadas por la ciencia psi- y "cuerpos no *trans*" (cisgénero).

Desde lo jurídico, no pueden existir dos categorías diferentes de 'cuerda femenina' -*trans* y no *trans*- por lo que la perpetuación de dos identidades jurídicas distintas para una misma categoría de género -mujer cis y mujer *trans*- es irrefutable e insostenible.

En última instancia, este artículo presenta una propuesta epistemológica transdisciplinaria que permite comprender las dimensiones del binomio identidad de género-identidad jurídica, integrando planteamientos *transemergentes* -sociológicos y antropológicos- así como posturas éticas y *biopolíticas trans*, desde un conocimiento académico donde las personas *trans* se consideren sujetas epistémicas de investigación e intervención.

La construcción de un marco alternativo que ubique el conocimiento científico situado, especialmente en los casos vinculados con violencia generizada -géneros no binarios- ejercida por *biopoder* y *biopolítica* sobre sus cuerpos en tránsito, posibilitará que las políticas públicas, la formación profesional y la investigación científica en salud colectiva, sociología médica y antropología social, incorporen enfoques interseccionales que reconozcan las diversas formas de opresión que afectan a las personas *trans*, garantizando su derecho a la salud, la justicia y la dignidad (OACNUDH, 2019; OPS, 2021).

Siguiendo este razonamiento, resulta pertinente que en la narrativa y argumentación sobre el reconocimiento de la identidad jurídica de las mujeres *trans*, se adopte un enfoque que garantice un trato igualitario desde perspectivas ontológicas, epistemológicas y holoxopráticas; por tanto, este abordaje transdisciplinario permite superar visiones lineales o unidisciplinarias, generando un marco conceptual más amplio para debatir la despatologización *trans* y sus implicaciones sociales y jurídicas (OACNUDH, 2023; OPS, 2021), situación que encuadra en la salud pública *trans* como derecho humano y derecho fundamental -constitucional-.

Los modelos de atención sanitaria basados en la despatologización han sustituido la evaluación de las experticias PSI por enfoques de acompañamiento y decisión informada, promoviendo una atención centrada en los derechos humanos y la autodeterminación (Suess, 2018).

La despatologización *trans* requiere de una transformación epistemológica que cuestione las narrativas biomédicas dominantes y reconozca la diversidad de experiencias de género. La epistemología transfeminista propone una mirada crítica e inclusiva que visibilice las realidades de las personas *trans*, especialmente de las mujeres *trans*, quienes enfrentan múltiples formas de violencia y exclusión (Spivak y Giraldo, 2023).

La despatologización *trans* no es solo una cuestión técnica o clínica, sino una lucha por el reconocimiento pleno de los derechos humanos de las personas *trans*. Implica transformar las estructuras de poder que han patologizado y excluido a estas personas, promoviendo una sociedad más justa, equitativa y respetuosa de la diversidad de género (Abiétar, 2019).

II.8. La despatologización en el contexto colombiano

En Colombia, las organizaciones defensoras de los derechos de personas no binarias y de la comunidad LGBTI han desarrollado importantes procesos de lucha frente a la estigmatización derivada de la patologización, incluyendo la terminología utilizada para referirse a estas identidades. Aunque pudiera parecer un asunto semántico, el lenguaje alberga cargas simbólicas y normativas que impactan directamente la subjetividad, la agencia y la construcción de identidad de las personas *trans* y no binarias (OACNUDH, 2019; Guerrero y Muñoz, 2018).

La discriminación estructural que enfrentan las personas *trans* en Colombia limita su capacidad de llevar una vida digna y se refleja en cifras alarmantes de violencia y mortalidad; la expectativa de vida promedio de esta población se estima en apenas 35 años. Esta vulnerabilidad se ve reforzada por discriminación laboral y barreras en el acceso a servicios de salud, lo que genera efectos adversos en su salud mental, incluyendo ansiedad y desesperanza. En muchos casos, las personas *trans* recurren a la automedicación para realizar su transición de género, con riesgos significativos debido a la ausencia de acompañamiento clínico y psicológico adecuado (OPS, 2021; Suess, 2018).

El no reconocimiento legal de la identidad de género en los entornos sanitarios ubica a la población *trans* en un limbo legal, lo que impide la adecuada supervisión médica y farmacológica de tratamientos hormonales individualizados, garantizados para cualquier ciudadano bajo el régimen subsidiado o contributivo. Este fenómeno evidencia cómo la universalización de conceptos como la disforia de género —que interpreta la inconformidad con el propio cuerpo como inestabilidad mental— contribuye a la exclusión de las personas *trans* del sistema de salud y fomenta la desconfianza hacia las instituciones médicas (Abiétar, 2019; OMS, 2022).

Las organizaciones colombianas defensoras de los derechos LGBTI han establecido alianzas con contrapartes regionales para promover encuentros sobre *biopolítica*, salud y derechos humanos, logrando la creación de un Manifiesto Transgénero con diecinueve puntos. Entre sus demandas se destaca la necesidad de “un modelo de salud no patologizante que permita procesos de tránsito seguro, que se materialice en un sistema de

salud digno y diferencial, promoviendo y garantizando innovaciones médicas, científicas y tecnológicas en atención y farmacoterapia de calidad” (Guerrero y Muñoz, 2018; Guerrero, 2019).

Los estudios interdisciplinarios de sociología médica, antropología social y salud colectiva han permitido caracterizar el escenario biopolítico de la población *trans* en Colombia. Estos aportes epistemológicos y ontológicos han promovido enfoques de interseccionalidad situada, que facilitan el análisis de las interacciones entre personas *trans*, el sistema judicial, el sistema sanitario y los procesos de subjetivación y agencia. Esto contribuye a visibilizar a las personas *trans* como sujetos epistémicos en contextos de despatologización y desjudicialización, distantes de las normas cis-heteronormativas históricas sobre género (CEPAL, 2020; Suess, 2014).

La categoría de análisis de género *trans* implica un giro conceptual, epistemológico y político que impacta directamente en la academia, especialmente en los “Estudios Trans”. Esta línea de investigación desafía el monopolio del conocimiento biomédico y psiquiátrico, promoviendo una comprensión de la experiencia de vida *trans* desde perspectivas situadas y críticas, que reconocen la agencia y la subjetividad de estas personas (Stryker y Aizura, 2013).

Desde el marco de los derechos humanos, el papel de las ciencias médicas en la regulación de la sexualidad se cuestiona evidenciando que las sexualidades periféricas y fuera de norma, previamente consideradas abyectas, por ello deben resignificar con orgullo y voz propia dentro del activismo y las políticas públicas. La ruptura de los discursos médico-jurídicos se consolida mediante los “Estudios Trans”, que amplían la comprensión de la diversidad de género más allá de la corporeización de la sexualidad hegemónica basada en el sexo y la genitalidad (García, 2010; Galofre y Missé, 2016; Fonseca y Quintero, 2019).

III: Conclusiones

En Colombia, la ausencia de un reconocimiento legal pleno de la identidad de género, exacerba la vulnerabilidad y limita su acceso a sus derechos humanos y derechos fundamentales, en un *contexto de sociedad* que se asume progresista, pero que todavía reproduce la lógica binaria hombre-mujer y masculino-femenino, desconociendo la diversidad de experiencias de vida *trans*; en ese orden ellas continúan siendo visibilizadas socialmente bajo lentes estigmatizantes que las asocian con pobreza, marginalidad y desvalorización social -cuando no delictiva y de *prostitución*- situación jurídicamente relevante que provoca procesos de revictimización derivados de la exclusión estructural, prejuicio, fobia, persecución histórica y violencia generizada -en varios casos letal- histórica.

De otra parte, la patologización *trans* afecta una amplia gama de derechos humanos, incluyendo los civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el acceso a la atención médica. En consecuencia, el derecho a la salud pública requiere que los Estados protejan y garanticen la despatologización como política pública -*biopolítica*- asegurando que las personas *trans* reciban atención sanitaria de calidad sin condicionamientos médicos ni psicológicos discriminatorios.

En este artículo se demuestra que, mediante un abordaje transdisciplinario en clave decolonial y transfeminista, se puede explicar y comprender las dimensiones del binomio

identidad de género-identidad jurídica, incorporando planteamientos *transemergentes* -de corte sociológico y antropológico- y las posturas éticas y *biopolíticas trans*, desde el conocimiento en donde las personas *trans* sean sujetas epistémicas, partícipes de los procesos de investigación e intervención de la salud.

La construcción de un marco alternativo sólido que integre la Identidad Jurídica de Género de las personas *trans* en Colombia con enfoque diferencial debe asegurar efectivamente el reconocimiento irrefutable y legal de su identidad, para apropiarse del conocimiento científico preciso y situado -sin sesgos ni ambigüedades- especialmente en los casos relacionados con violencia *generizada* -género no binario- incluida la letal, que es invisibilizada o escotomizada por la matriz de opresión que desde el *biopoder* y la *biopolítica* se ejerce y escribe *sin recato* sobre las cuerpos de las personas en tránsito por los géneros.

El aporte de este artículo, a partir de las investigaciones Cely (2025) y Cely (2026), es una vía alternativa, un marco analítico de relaciones y asociaciones de nivel transdisciplinario y *polivalente* para abordar la despatologización *trans*, que está atravesada por epistemologías feministas, feministas decoloniales, transfeministas y queer, en donde se reconoce lo epistemológico y ontológico de la experiencia *trans*, facilitando los procesos de tránsito de género como ejercicios de resistencia, subjetividad e intersubjetividad, en los que la experiencia encuerpada se articula con conocimiento colectivo situado en categorías analíticas e interseccionales -género, clase social, raza, etnia, credo, nacionalidad y territorio- fortaleciendo la agencia relacional y la *polivocidad* de las personas *trans* -y las comunidades LGBTIQ+ que las agrupan- desde su propio lugar de enunciación.

Desde ese enfoque transdisciplinario y *polivante* se observa que la patologización se fundamenta en la falsa dicotomía entre cuerpos *trans* y no *trans*, dado que no existen diferencias reales ni tangibles entre cuerpos *trans* y cuerpos *cis*, más allá de construcciones socioculturales y políticas discriminatorias (Suess Schwend, 2018; Wesp et al., 2019). Más aún, en términos jurídicos, tampoco es procedente reconocer identidades exclusivas o separadas para personas *cis* y *trans* dentro de la misma categoría de mujer; reiterando además que, *lo que no se nombra y reconoce*, no existe.

En las Escuelas de Formación superior en ciencias de la salud, jurídicas, criminológicas, sociológicas y antropológicas, es necesario fortalecer los procesos de investigación científica e intervención con justicia epistémica y el Proceso de Construcción Corporal de las personas *trans* y promover su salud mental y psicosocial, que posibilite derrumbar las adversidades, exclusiones y discriminación en las experiencias de vida que *transitan por los géneros* quienes además son objeto de actos discriminatorios, estigmatización y fobias -transfobia y transmisoginia- las cuales fungen como obstáculo estructural para satisfacer necesidades y acceso al sistema de salud.

En todo caso, es recomendable abordar el proceso, desde las categorías de análisis co-legidas: género sexualizado y violencia estructural, la patologización como relación biopolítica de poder, la atención sanitaria transespecífica para alcanzar la reivindicación y reconocimiento de la diversidad de género, profundizar en la filosofía *trans* y la epistemología transfeminista, fortaleciendo los escenarios de interseccionalidad con enfoque despatologizante, dado que este constituye un derecho humano y una necesidad social. Desde el enfoque alternativo de Atención Sanitaria Transespecífica en Salud Pública se impactará directamente en la formulación de programas, políticas públicas y acciones

orientadas a garantizar la equidad en el acceso a servicios de justicia, salud y educación para las personas *trans* que enfrentan desigualdades estructurales, violencia física y letal, así como otras formas de discriminación social.

En ese orden, las políticas públicas deben fortalecer la formación profesional transdisciplinaria de los profesionales de la salud y la investigación científica que, desde la perspectiva teórica de interseccionalidad, reconozcan esas diversas formas de opresión que afectan a las personas *trans*, garantizando su derecho a la salud, la justicia y la dignidad.

Retomando a Cordero y Saletti (2025) en la experiencia de la provincia de Córdoba en Argentina, destaca la importancia y necesidad de “hacer efectivas la iniciativa diferenciada *-generizada-* en los denominados ‘consultorios inclu-sivos’, así como el desarrollo de investigaciones de este tipo, en donde la construcción de saberes y co-nocimientos, colectivos e individuales sea elaborado a partir de las experiencias acumuladas” (Cordero y Saletti, 2025: 13), lo cual es un acto de justicia epistémica porque los significados y co-nocimiento sobre las necesidades en salud *trans* estarán situados desde la intersección de los marcadores de diferenciación social, con un análisis que contribuirá a reducir el impacto de la matriz de opresión, presente en el *biopoder* y la *biopolític*.

Referencias bibliográficas

- Abiétar, D. G. (2019). *¿Sólo dos? La medicina ante la ficción política del binarismo sexo-género*. Oviedo: Cambalache Libros. https://www.researchgate.net/publication/336666206_Solo_dos-La_medicina_ante_la_ficcion_politica_del_binarismo_sexo-genero
- Alegre Valencia, Y., y Fiedler Flores, S. (2021). La categoría transgénero y su descontento: una genealogía crítica. *Revista Punto Género*, 16, 266-290. <https://revistas.uchile.cl/index.php/RPG/article/download/65895/69199/237895>
- American Psychiatric Association [APA]. (2005). *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales DSM-IV-TR*. Barcelona: Elsevier Masson.
- Bettcher, T. M. (2019). What is Trans Philosophy?. *Hypatia*, 34(4), 644-667. https://phil-papers-org.translate.google/rec/BETWIT?_x_tr_sl=en&_x_tr_tl=es&_x_tr_hl=es-419&_x_tr_pto=sc
- Butler, J. (2007). *El Género en Disputa: El Feminismo y la Subversión de la Identidad*. Recuperado de: <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/52974>
- Cely Céspedes, L. N. (2025). Violencia letal sobre mujeres trans ¿por orientación sexual o motivos de género? La identidad jurídica como medio de conocimiento en el proceso penal por feminicidio [Tesis Doctoral en Derecho, Universidad Nacional de Colombia]. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/88981>
- Cely Céspedes, L. N. (2026). El proceso salud-enfermedad-cuidado de mujeres rurales y urbanas de Santander con enfermedad cardiovascular. Un estudio de caso desde la perspectiva teórica de la interseccionalidad [Tesis Doctoral en Salud Pública, Universidad Nacional de Colombia, en prensa].
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL]. (2020). *Igualdad de género y autonomía de las mujeres en la era digital en América Latina y el Caribe*. <https://www.cepal.org>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas [CESCR]. (2022). *Observación general No. 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*

(artículo 12 del Pacto). SESCR, ONU.

- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2015). *Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América (OAS/Ser. L/V/II.rev.1. Doc. 36)*. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonasLGBTI.pdf>
- Connell, R. (2013). Género, salud y teoría: conceptualizando el tema en perspectiva mundial y local. (J.F. Serrano, Trad.). *Revista Nómadas* 39, 62-77. <http://www.scielo.org.co/pdf/noma/n39/n39a05.pdf>
- Cordero, M.L., y Saletti Cuesta, L. (2025). Barreras y estrategias para la accesibilidad a la salud de las personas trans en Córdoba, Argentina. *Revista Salud Colectiva*, 21, e 5200. <https://doi.org/10.18294/sc.2025.5200>
- Corte Constitucional de Colombia. (2015). *Sentencia T-099 de 2015*. M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- Corte Constitucional de Colombia. (2022). *Sentencia T-033 de 2022*. M. P. José Fernando Reyes Cuartas.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. (2022). *Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*.
- Departamento Nacional de Planeación [DNP] (2025, marzo 26). *Consejo Nacional de Política Económica y Social, República de Colombia No. 4147*. <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/4147.pdf>
- Estrada, Á. (2015). Género, poder y desigualdad social: una lectura desde la teoría crítica. *Revista Colombiana de Sociología*, 38(2), 45-64.
- Fonseca Hernández, C., y Quintero Soto M. L. (2009). Teoría Queer: la deconstrucción de las sexualidades periféricas. *Sociológica*, 24(69), 43-60. <https://www.scielo.org.mx/pdf/soc/v24n69/v24n69a3.pdf>
- Foucault, M. (2012). *Historia de la sexualidad. La voluntad de saber*. Buenos Aires: Siglo XX.
- Fricker, M. (2007). *Epistemic injustice: Power and the ethics of knowing*. Oxford: University Press.
- Fricker, M. (2017). Injusticia epistémica (Ricardo García Pérez, Trad.). Barcelona: Herder. *Las Torres de Lucca, Revista Internacional de Filosofía Política*, 8(15), 247-250: <https://revistas.ucm.es/index.php/LTDL/article/view/76776/pdf>
- García Becerra, A. (2010). *Tacones, siliconas, hormonas. Teoría feminista y experiencias trans en Bogotá*. Disertación Tesis de Maestría en Estudios de Género, Universidad Nacional de Colombia. <https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/6773>
- Ghasemi E., Majdzadeh, Reza., Rajabi, F., Vedadhir, A., Negarandeh, R., Jamshidi, E., Takian, A., y Zahra, F. (2021). Applying Intersectionality in designing and implementing health interventions: a scoping review. *BMC. Public Health*, 21(1), 1407. <https://doi.org/10.1186/s12889-021-11449-6>.
- Galofre P., y Missé, M. (eds.). 2016. *Políticas Trans. Una Antología de textos desde los estudios trans norteamericanos*. Barcelona: Egales.
- Global Action for Trans Equality [GATE]. (2017). *Principios de Yogyakarta+10*. <http://yogyakartaprinciples.org/wp-content/uploads/2022/02/021522-Principios-de-Yogyakarta-mas-10.pdf>
- Guerrero, Mc M., Fenella, S., y Muñoz, L. (2018). Epistemologías transfeministas e identidad de género en la infancia: del esencialismo al sujeto del saber. *Revista Interdisciplinaria Estudios de Género del Colegio de México* 4, e168. <http://dx.doi.org/10.24201/eg.v4i0.168>
- Guerrero, J. (2019). *Despatologización trans: una tarea más allá de la nomenclatura*. En <https://razonpublica.com/despatologizacion-trans-una-tarea-mas-alla-de-la-nomenclatura/>
- Husain, Baqar. (2022). *Stigma, Cisgenderism, and the Pathologization of Transness*. [Public Health Theses, Department of Epidemiology of Microbial Diseases, Yale University School of Public Health]. 2159. <https://elischolar.library.yale.edu/ysphtdl/2159>
- López, D. (2023). Trans y salud pública: de la invisibilización a la garantía de derechos.

Revista de Salud Pública, 25(1), 102–118. <https://doi.org/10.15446/rsap>

- Martínez Angarita, J. (2024). La interseccionalidad: una aproximación teórico-metodológica a la complejidad de las inequidades en la transmisión madre-hijo del VIH. *Revista Gerencia y Políticas de Salud Universidad Javeriana*, 23. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.rgps23.iatm>
- Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia [Minsalud]. (2021). *Política nacional de salud sexual y reproductiva: lineamientos para el abordaje de la diversidad sexual y de género*.
- Oficina Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH]. (2019). *Orientación sexual e identidad de género: los responsables políticos están tomando decisiones en la oscuridad*. Ginebra, Suiza. <https://OACNUDH.org/orientacion-sexual-e-identidad-de-genero-los-responsables-politicos-estan-tomando-decisiones-en-la-oscuridad-dice-un-experto-de-la-onu%E2%BB%BF/>
- Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos [ACNUDH]. (2023). La lucha de las personas trans y de género diverso. <https://www.ohchr.org/es/special-procedures/ie-sexual-orientation-and-gender-identity/struggle-trans-and-gender-diverse-persons>
- Organización Mundial de la Salud [OMS]. (2022). *Clasificación Internacional de Enfermedades CIE-11: Incongruencia de género*. Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int>
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2019). *Informe sobre la violencia y la discriminación basadas en la orientación sexual y la identidad de género*. Naciones Unidas.
- Organización de Naciones Unidas [ONU]. (2023). *Derechos de las personas trans y de género diverso: desafíos globales y regionales*. Naciones Unidas.
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (2020). *Salud de las personas trans y de género diverso en las Américas: desafíos y buenas prácticas*.
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (2021). *Guía técnica para la atención de salud integral a personas trans*.
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (2022). *Salud mental y bienestar de las personas trans en la región de las Américas*.
- Organización Panamericana de la Salud [OPS]. (2023). *Transformar los sistemas de salud hacia la equidad de género y diversidad sexual*.
- Sierra Daza, N., y Varón Sáenz, L. (2025). *Los retos en la materialización del derecho a la salud y su financiación para la población transexual de menores de edad en Colombia* [Tesis de Maestría en Seguridad Social, Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario]. https://doi.org/10.48713/10336_45154
- Spivak Chakravorty, G., y Giraldo, S. (2023). ¿Puede hablar el sujeto subalterno? *Revista Colombiana de Antropología* 39, 297-364. <https://www.redalyc.org/pdf/1050/105018181010.pdf>
- Stryker, S., y Aizura, A. (eds.). (2013). *The Transgender Studies Reader 2*. Nueva York: Routledge.
- Suess Schwend, A. (2014). Cuestionamiento de dinámicas de patologización y exclusión discursiva desde perspectivas trans e intersex. *Revista de Estudios Sociales* 49, 128-143 http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0123-885X2014000200011
- Suess Schwend, A. (2018). Derechos de las personas trans e intersex: revisión del marco legislativo en el contexto español desde una perspectiva de despatologización y derechos humanos. *Revista Derecho y Salud*, 28(1-extra), 97-115. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6938146>
- Suess Schwend, A. (2020). Informe SESPAS. La perspectiva de despatologización trans: ¿una aportación para enfoques de salud pública y prácticas clínicas en salud mental? *Gaceta Sanitaria*, 34 (supl.1), 54-60. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0213911120301850>

Vacinação contra o HPV e justiça reprodutiva no Brasil: desafios de gênero, desinformação e estratégias para ampliar a cobertura

HPV vaccination and reproductive justice in Brazil: gender challenges, misinformation and strategies to expand coverage

Joice Graciele Nielsson¹; Júlia de Oliveira Mariano²

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)59](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)59)

Fecha de envío: 31.10.2025

Fecha de aceptación: 10.12.2025

RESUMO:

O artigo analisa a baixa adesão à vacinação contra o papilomavírus humano (HPV) no Brasil, apesar de sua eficácia e oferta gratuita, objetivando compreender este cenário e propor estratégias para ampliar a cobertura vacinal. O problema questiona quais fatores sociais, culturais e institucionais configuram um cenário de não efetivação da justiça reprodutiva, contribuindo para essa resistência e a hipótese é que a recusa esteja relacionada à desinformação, a crenças e valores culturais permeados por desigualdades de gênero e a falhas na articulação entre saúde e educação. A metodologia é qualitativa, exploratória e analítica, baseada em análise documental e revisão bibliográfica crítica de materiais institucionais e literatura acadêmica, com uso da análise de conteúdo. O estudo identifica o problema de não efetivação da justiça reprodutiva a partir de discursos moralizantes de gênero sobre a sexualidade feminina reforçando barreiras à imunização, associando a vacina a suposto incentivo à vida sexual precoce.

RESUMEN:

El artículo analiza la baja adherencia a la vacunación contra el virus del papiloma humano (VPH) en Brasil, a pesar de su efectividad y gratuidad, con el objetivo de comprender este escenario y proponer estrategias para ampliar la cobertura de vacunación. El problema cuestiona qué factores sociales, culturales e institucionales configuran un escenario de no implementación de la justicia reproductiva, contribuyendo a esta resistencia y la hipótesis es que la negativa está relacionada con desinformación, creencias y valores culturales per-

1 Doutora em Direito. Possui estágio Pós-doutoral em Direito pela Università degli Studi "G. d'Annunzio" - Chieti - Pescara. Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito - Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos - da UNIJUI. E-mail: joyce.nielsson@unijui.edu.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3808-1064>.

2 Mestranda do Programa de Pós-Graduação em Direitos Humanos da UNIJUI, bolsista PROSUC/CAPES. Graduada em Direito pelo CESCAGE e em História pela UENP. E-mail: julia_qtg@hotmail.com.

meados por desigualdades de gênero y fallas en la articulación entre salud y educación. La metodología es cualitativa, exploratoria y analítica, basada en el análisis documental y la revisión bibliográfica crítica de materiales institucionales y literatura académica, utilizando el análisis de contenido. El estudio identifica el problema de la no implementación de la justicia reproductiva basada en discursos moralizantes de género sobre la sexualidad femenina, reforzando las barreras a la inmunización, asociando la vacuna con un supuesto estímulo a la vida sexual temprana.

ABSTRACT

The article analyzes the low adherence to vaccination against human papillomavirus (HPV) in Brazil, despite its effectiveness and free provision, aiming to understand this scenario and propose strategies to expand vaccination coverage. The problem questions which social, cultural and institutional factors configure a scenario of non-implementation of reproductive justice, contributing to this resistance and the hypothesis is that the refusal is related to misinformation, beliefs and cultural values permeated by gender inequalities and failures in the articulation between health and education. The methodology is qualitative, exploratory and analytical, based on documentary analysis and critical bibliographic review of institutional materials and academic literature, using content analysis. The study identifies the problem of non-implementation of reproductive justice based on moralizing gender discourses about female sexuality, reinforcing barriers to immunization, associating the vaccine with supposed encouragement of early sexual life.

PALAVRAS-CHAVE: direitos humanos; vacinação para HPV; saúde pública; gênero; desinformação.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; vacunación contra el VPH; salud pública; género; desinformación.

KEY WORDS: human rights; HPV vaccination; public health; gender; disinforma

I. Introdução

A saúde da população passou a ser objeto de preocupação do Estado no século XVIII, período em que o Estado absolutista assumiu a responsabilidade pela saúde por meio de políticas sanitárias. Nesse contexto, a saúde começou a ser reconhecida como um direito do cidadão, especialmente após a Revolução Americana, em 1776 e a Revolução Francesa, em 1789.

No Brasil, essa preocupação se intensificou no século XIX, com a chegada da Família Real, em 1808, e as transformações provocadas pela Revolução industrial, que estimularam a urbanização principalmente na região Sudeste. Nesse período, ocorreram as primeiras experiências de vacinação no país. Já no século XX, o fortalecimento da saúde pública e a criação dos Institutos Oswaldo Cruz e Butantan impulsionaram a produção nacional de imunobiológicos, viabilizando campanhas de vacinação em larga escala.

Entretanto, foi a criação do Programa Nacional de Imunizações (PNI), do Ministério da Saúde (MS), em 1973, que consolidou as políticas públicas de vacinação no país. O PNI é responsável por controlar, erradicar e eliminar doenças infectocontagiosas e imunopre-

veníveis e, entre os países em desenvolvimento, é considerado um dos mais completos, sendo pioneiro na implementação de algumas vacinas e demonstrando alta capacidade técnica e organizacional na área de imunização.

Entre as vacinas ofertadas pelo PNI está a vacina contra o papilomavirus humano (HPV), considerada a infecção sexualmente transmissível de maior incidência no mundo e associada à maioria dos casos de câncer do colo do útero. A vacinação é reconhecida como uma das estratégias mais eficazes na prevenção dessa e de outras doenças, especialmente quando aplicada antes do início da vida sexual. Apesar da ampla disponibilidade da vacina pelo Sistema Único de Saúde (SUS) e das evidências científicas que atestam sua eficácia, seus níveis de cobertura vacinal ainda estão abaixo do recomendado. Nesse contexto, o presente artigo tem como objetivo analisar os fatores sociais, culturais e institucionais que influenciam a recusa à vacinação contra o HPV no Brasil, à luz das políticas públicas de saúde, das construções de gênero e das estratégias comunicacionais adotadas.

Para tanto, o problema de pesquisa reside em responder quais fatores contribuem para a baixa adesão à vacinação contra o HPV no Brasil, mesmo diante da sua eficácia comprovada e da oferta gratuita pelo SUS. Como hipótese inicial, propõe-se que essa baixa adesão decorre principalmente da desinformação, de crenças e valores culturais associados a desigualdade de gênero e de falhas na articulação entre campanhas de saúde e educação, sendo possível revertê-la por meio de estratégias de comunicação, com participação das escolas, da comunidade e dos órgãos de saúde.

A presente pesquisa adota uma abordagem qualitativa, de caráter exploratório e analítico, fundamentada na análise documental e bibliográfica. Essa escolha metodológica se justifica pela necessidade de compreender os sentidos sociais, culturais e institucionais atribuídos à vacinação contra o HPV no Brasil, especialmente diante da ausência, neste momento, de condições para a realização de entrevistas ou trabalho de campo. A pesquisa busca interpretar discursos e representações que circulam nos materiais produzidos por órgãos públicos, bem como refletir sobre as construções simbólicas associadas à saúde, à sexualidade e ao gênero, aspectos centrais para a análise da baixa adesão à vacina.

Nesse contexto, a pesquisa documental concentra-se na análise de fontes institucionais como campanhas de comunicação do Ministério da Saúde, diretrizes do PNI, portarias, protocolos e publicações oficiais disponíveis em plataformas governamentais. Paralelamente, realiza-se uma revisão bibliográfica crítica de literatura acadêmica nacional e internacional sobre políticas públicas de vacinação, saúde pública, comunicação em saúde, representações sociais e estudos de gênero. A articulação entre essas duas fontes permite não apenas contextualizar o problema de pesquisa, mas também identificar lacunas, tensões e contradições nos discursos oficiais e nas interpretações teóricas existentes.

Como técnica de análise, utiliza-se a análise de conteúdo, segundo a perspectiva de Laurence Bardin, aplicada tanto aos documentos institucionais quanto aos textos acadêmicos selecionados. Essa técnica permite a categorização e interpretação sistemática dos dados, facilitando a identificação de padrões discursivos, temas recorrentes e construções simbólicas presentes nos materiais analisados. A partir dessa estratégia, a pesquisa busca oferecer uma leitura crítica das narrativas sobre a vacinação contra o HPV, destacando os fatores históricos, culturais e de gênero que podem influenciar a adesão

vacinal, e propondo caminhos para qualificar as estratégias de comunicação e mobilização social em saúde.

Para tanto, o artigo está dividido em três seções. A primeira seção aborda o histórico das políticas de vacinação no Brasil e a construção das políticas de imunização. A segunda seção, aborda o contexto epidemiológico do HPV e discute os principais fatores que afetam a adesão à vacina, com destaque para questões de gênero e desinformação. A terceira seção propõe estratégias de intervenção para ampliar a cobertura vacinal. Por fim, na conclusão, é apresentada uma síntese dos resultados e recomendações para futuras políticas públicas.

II. Evolução histórica da vacinação no Brasil e a construção das políticas de imunização

A primeira evidência do uso de vacinas surgiu na China, no século X, contra a varíola. No entanto, o método utilizado à época era totalmente distinto do que conhecemos hoje. Os cientistas transformavam as cascas das feridas de varíola em um pó que continha o vírus inativado e o aplicavam nos ferimentos de indivíduos já contaminados. Essa técnica ficou conhecida como variolação (Dande, Júnior e Martinez, 2022).

O termo vacina advém do latim *vaccinae*, que significa “da vaca”, em razão da doença *variola vaccinae*, cujo significado é “varíola das vacas”. A utilização desse termo se deu porque o líquido retirado da vesícula das vacas foi utilizado para a criação das primeiras vacinas (Menezes *et al.*, 2022). A literatura aponta que o médico inglês Edward Jenner foi quem inventou a primeira vacina em 1798 contra varíola. Já no século XIX, Louis Pasteur desenvolveu a vacina contra a raiva (Reis, 2018).

No Brasil, a chegada da Família Real, em 1808, impulsionou o desenvolvimento econômico e político do Rio de Janeiro. Contudo, conforme relata Reis (2018, p. 24) “eram precárias as condições de higiene da população à época, aliada à susceptibilidade imunológica, péssimas condições de saneamento básico e intenso tráfego de pessoas devido à zona portuária”. Esse cenário favoreceu a eclosão de epidemias de febre amarela, tuberculose e malária. Nesse contexto, em 1832, a vacinação passou a ser obrigatória no município do Rio de Janeiro, por meio da lei conhecida como “Código de Posturas”, que previa multa a quem não se vacinasse. Apesar da sanção, a adesão foi baixa, devido à desconfiança sobre a eficácia das vacinas e ao medo de se imunizar (Menezes *et al.*, 2022).

Anos depois, visando controlar o número de casos de doenças e difundir a cultura de vacinação, em 1846 a imunização tornou-se obrigatória em todo o Brasil, por meio do Decreto Imperial nº 464 (Silva *et al.*, 2021). No estado de São Paulo, a vacinação tornou-se compulsória em 1891, e no Rio de Janeiro, em 1901 (Dande, Júnior e Martinez, 2022).

O crescimento de grandes centros urbanos a partir do século XIX, impactou negativamente a infraestrutura das cidades e, por consequência, a saúde pública. No final do século XIX e início do século XX, a cidade do Rio de Janeiro experimentou um rápido crescimento populacional impulsionado pelo avanço industrial, transformando-se em um importante polo econômico (Wermuth, Nielsson, Tertuliano, 2021).

Naquele período, a zona portuária do Rio de Janeiro registrava intenso tráfego de pessoas. Esse aumento populacional, somado a um sistema viário precário herdado do período colonial, que dificultava o escoamento do café e à ocorrência de epidemias, levou

o Brasil a sofrer pressão internacional para adotar medidas capazes de minimizar esses problemas. As epidemias também afastavam o interesse dos imigrantes, mão-de-obra fundamental após a abolição da escravidão em 1888. Assim, o governo passou a adotar uma série de medidas para conter surtos de peste bubônica, febre amarela e varíola, que assolavam a população e desestimulavam a imigração (Moutinho, 2020).

Nesse cenário, Rodrigues Alves assumiu a presidência da república em 1902 e nomeou Pereira Passos como prefeito da cidade do Rio de Janeiro, com o compromisso de realizar reformas de saneamento na cidade e melhorar seu porto, pois:

[...] na época em que a mesma era conhecida como o “túmulo dos estrangeiros” tamanha era a quantidade de pessoas que morriam por causa das epidemias. A cidade era tão temida que as agências de viagem anunciavam como uma vantagem aos passageiros quando os navios faziam viagens diretamente para Buenos Aires sem passar pelo Rio de Janeiro (Moutinho, 2020: 3).

Visando consolidar o projeto de urbanização e saneamento, Rodrigues Alves elaborou o Decreto nº 5.156, de 8 de março de 1904, conhecido como “código de torturas”, por seu teor arbitrário (Silva *et al.*, 2021). Esse decreto regulamentava a atuação das polícias sanitárias nos domicílios, a interdição e desocupação de prédios, bem como a demolição de casas e de cortiços, sob alegação sanitária. Contudo, tais medidas marginalizaram a população pobre e deram início à formação das favelas (Nogueira *et al.*, 2021). Conforme já mencionado, o surto populacional e a precariedade sanitária foram fatores determinantes para o aumento de doenças, como é o caso da varíola. E é nesse momento que a figura de Oswaldo Cruz surge no cenário nacional (Nogueira, *et al.*, 2021).

Oswaldo Cruz foi um médico sanitarista brasileiro considerado pioneiro da saúde pública no país e responsável pela consolidação da ciência no Brasil, sendo um dos principais nomes ligados à criação dos Institutos Soroterápicos em São Paulo e no Rio de Janeiro (Scliar, 2005). Silva *et al.* (2021) ressaltam que o primeiro grande feito do sanitarista ocorreu em 1899, quando realizou estudos no Porto de Santos para investigar casos de peste. Após a confirmação da doença, o governo brasileiro decidiu fabricar soros no país, diante da baixa eficácia dos produtos importados e da dependência da Europa.

A fundação do Instituto Serumtherápico de Manguinhos (atual Instituto Oswaldo Cruz/Fiocruz) e do Instituto Serumtherápico do Estado de São Paulo (atual Instituto Butantan), foi decisiva para a autonomia sanitária do país, permitindo a produção própria de vacinas e respostas rápidas a emergências. Além disso, essas instituições estruturaram cadeias de pesquisa, fabricação e controle de qualidade, formaram quadros técnicos e deram resposta rápida a emergências (da peste e febre amarela às campanhas de imunização do calendário atual). O legado de Fiocruz e Butantan sustenta até hoje a capacidade brasileira de incorporar novas vacinas ao PNI e de conduzir campanhas de grande porte com produção nacional.

Conforme Scliar (2005), no combate à peste bubônica, febre amarela e varíola, Oswaldo Cruz implementou medidas de extermínio dos vetores, como mosquitos e ratos, além de instituir a obrigatoriedade da vacinação contra a varíola. O autor ressalta ainda que para que uma pessoa conseguir emprego era necessário um atestado de vacinação, o qual era fornecido por médicos particulares, que cobraram por esse atestado. Já Nogueira *et al.*

(2021) destacam que essa obrigatoriedade estava associada a diversas exigências sociais, como a apresentação do comprovante de vacinação para casar, viajar, hospedar-se, matricular-se em escolas e até mesmo para ingressar no mercado de trabalho.

A obrigatoriedade da vacina e suas sanções causaram revolta na população, influenciados pelos positivistas que viam na obrigatoriedade uma afronta a liberdade individual ou nas palavras de Teixeira Mendes “um despotismo sanitário” (Scliar, 2005). A resistência da população também estava relacionada a boatos sobre os componentes da vacina e o receio de efeitos colaterais e, no caso das mulheres, pelo pudor em expor partes do corpo durante a aplicação (Moutinho, 2020). Avançando na tentativa de imunizar a população, em 31 de outubro de 1904 o Congresso brasileiro aprovou a lei que tornava obrigatória a vacinação. A partir daí “as brigadas sanitárias foram autorizadas a entrar nas casas e vacinar as pessoas à força” (Menezes *et al.*, 2022: 8).

Diante da resistência da população às medidas sanitárias impostas por Oswaldo Cruz e posteriormente pela aprovação da supracitada lei, no dia 10 de novembro de 1904 eclodiu um dos maiores movimentos populares no Brasil, conhecida como Revolta da Vacina. Durante cerca de uma semana, a cidade viveu um cenário de guerra, onde os manifestantes ergueram barricadas, atacaram bondes, edifícios públicos e enfrentaram as tropas do governo. O conflito deixou um número indeterminado de mortos e feridos, sendo que dezenas de prisioneiros foram deportados para regiões distantes (Scliar, 2005).

No entanto, a revolta não ocorreu apenas como resposta a imposição da vacina, as pessoas que haviam sido expulsas do centro do Rio de Janeiro já estavam descontentes com o governo, e se vendo diante da vacinação compulsória se rebelaram. Além disso “a campanha de vacinação ser um projeto diretamente ligado à presidência da República, e de sua responsabilidade, a oposição política ao governo utilizou-se da situação como meio de se rebelar contra Rodrigues Alves (Nogueira *et al.*, 2021: 3). Nesse mesmo sentido:

[...] estudiosos do movimento destacam a utilização da revolta popular como um pretexto – utilizado principalmente pelos monarquistas e apoiadores de Floriano Peixoto - para fazer oposição ao governo de Rodrigues Alves (Presidente à época) e oportunizar um golpe. Além da perspectiva política utilizada, também são expostas questões que envolvem a moralidade e o contexto socioeconômico da época (Reis, 2018: 25).

Em razão do conflito, o governo suspendeu temporariamente a obrigatoriedade, o que levou a um novo surto de febre amarela, com mais de 10 mil casos em 1908 (Scliar, 2005). A revolta revelou a necessidade de educação em saúde pública e de um diálogo mais democrático entre Estado e população, pois embora o discurso adotado a época fosse de realizar uma modernização no Rio de Janeiro, por meio de saneamento básico e melhores condições de moradia e saúde da população, na prática o que se constatou foi uma atitude autoritária higienista, à medida que milhares de pessoas foram despejadas de suas casas, resultando em uma marginalização em locais periféricos (Reis, 2018).

Décadas depois, em 1973, foi criado o Programa Nacional de Imunizações (PNI), política pública de saúde voltado ao controle, eliminação ou erradicação de doenças imunopreveníveis, por meio de estratégias de vacinação descentralizadas. Graças ao PNI, a varíola foi erradicada na década de 1970, a poliomielite eliminada das Américas nos anos 1980 e o sarampo controlado.

No início, o calendário vacinal incluía apenas quatro vacinas; atualmente disponibiliza 47 imunobiológicos para todas as faixas etárias (Brasil, 2005). Dentre as vacinas disponibilizadas pelo PNI está a vacina contra o papilomavirus humano (HPV), uma das infecções sexualmente transmissíveis mais frequentes no mundo. Contudo, apesar das graves consequências causadas pelo HPV, como o câncer de colo de útero, ainda há resistência de famílias em vacinar as meninas contra o vírus, sendo que os motivos para esse negacionismo serão abordados na seção seguinte.

III. Vacina contra o HPV e os desafios de gênero na adesão vacinal

A infecção pelo papilomavirus (HPV) atinge principalmente mulheres sexualmente ativas. A contaminação por esse vírus possui íntima relação com o câncer de colo de útero, quarto tipo de câncer mais comum entre as mulheres no mundo. Além do câncer de colo do útero, o HPV está associado a cânceres da cavidade oral, da orofaringe e anorretal, bem como lesões benignas, como as verrugas genitais. Sendo que o método mais eficaz para prevenir esse vírus é a vacinação (Santiago *et al.*, 2021). Embora não altere o curso de uma doença já instalada, a vacina contra o HPV apresenta eficácia de aproximadamente 98% na prevenção contra os principais tipos virais, quando administrada antes do início da vida sexual dos adolescentes, momento em que há maiores chances de se obter uma boa resposta imunológica (Santiago *et al.*, 2021).

O primeiro país a disponibilizar gratuitamente a vacina foi a Austrália em 2006, priorizando o público feminino de 12 a 26 anos e alcançando cerca de 70% de cobertura vacinal (Carvalho, 2019). No Brasil, o PNI introduziu a vacina contra o HPV em 2014, inicialmente para meninas de 11 a 13 anos. Em 2015, a faixa etária foi ampliada para meninas de 09 a 13 anos e, em 2017, para 09 a 15 anos. Contudo, as metas estabelecidas para cobertura vacinal, especialmente em relação à segunda dose, não foram atingidas. Em 2014, por exemplo, 87% dos municípios brasileiros alcançaram a meta na primeira dose, mas apenas 32% deles atingiram a meta na segunda (Moura; Codeço; Luz, 2021).

Vieira (2022) observa que a análise estatal sobre a não adesão vacinal costuma ser meramente numérica, sem considerar fatores sociais e condições materiais da população:

Na prática, há muitas formas de recusar a vacina – elas podem ser apresentadas pelas justificativas mais discutidas (como movimento antivacina e negacionismo contemporâneo) até dimensões menos apontadas (como inacessibilidade territorial ou desinformação) (Vieira, 2022: 54).

De acordo com Carvalho (2019), a baixa cobertura vacinal se agrava quando a eficácia da vacina exige mais de uma dose ou reforço, como no caso da vacina contra o HPV. Já Moura, Codeço e Luz (2021: 03), apontam fatores como “o baixo nível educacional, baixa renda, residência em zona rural, baixo acesso à informação e aos serviços de saúde e barreiras interpostas por dogmas religiosos”. Os autores destacam ainda que:

A mídia social tem importante papel na disseminação das informações e é uma das maneiras de divulgar recomendações de saúde. Mas destaca-se que a falta de informações e/ou as informações falsas sobre a vacina HPV ampliam a dificuldade de adesão a vacinação (Moura, Codeço, Luz, 2021: 03).

A desinformação causa impactos ainda mais significativos quando o público-alvo é for-

mado por crianças e adolescentes, pois “na ausência de conhecimento apropriado, alguns responsáveis legais não vacinam em função do medo do evento adverso pós-vacinação, o que prejudica as coberturas vacinais” (Carvalho, 2019: 62).

Vasques-Ferreira e Varão (2021) mostram como essas informações falsas se articulam com valores morais e crenças religiosas, gerando medo e desconfiança em relação às políticas públicas de saúde. Entre os boatos mais comuns sobre a vacina do HPV, destacam-se alegações de que ela poderia causar infertilidade, doenças neurológicas ou incentivar comportamentos sexuais considerados imorais. Essa desinformação compromete diretamente os esforços de prevenção, colocando em risco a saúde pública e a vida de milhares de adolescentes.

Reconhecendo o papel central da comunicação, o Ministério da Saúde criou, em 2018, o canal “Saúde sem Fake News” para receber denúncias e esclarecer dúvidas sobre temas de saúde públicas (Vasques-Ferreira; Varão, 2021). Contudo, o canal foi desativado em 2021 por não conseguir atender à enorme demanda de mensagens.

Segundo Melo et al. (2025), a resistência à vacina se intensificou durante a pandemia de COVID-19, período em que houve massiva disseminação de notícias falsas sobre eficácia e os efeitos colaterais da vacina. Corroborando com esse entendimento, Wermuth, Nielsson e Tertuliano (2021), apontam que, durante a pandemia, as *fake news* passaram a ser usadas como instrumento de desinformação, agravando o descrédito na ciência e no conhecimento formal no país.

Embora o temor pelos efeitos colaterais seja um dos principais motivos alegados por famílias e jovens para resistirem à vacinação contra o HPV, questões de gênero também exercem papel determinantes para essa decisão. Carvalho (2019), observa que desde a introdução da vacina, uma preocupação recorrente entre famílias é a possibilidade de mudança no comportamento sexual das meninas vacinadas, sob a crença de que poderiam se sentir incentivadas a iniciar a vida sexual mais cedo.

Essa resistência reflete construções tradicionais de gênero, que associam a sexualidade feminina à vulnerabilidade moral e à necessidade de controle familiar. Para Vieira (2022), a controvérsia inicial sobre a vacina decorreu, em parte, do fato de ela ter sido inicialmente direcionada apenas ao sexo feminino, o que remetia à ideia de as meninas poderiam já estar sexualmente ativas ou prestes a isso, necessitando de maior proteção. Tal visão reforça a desigualdade de gênero e estereótipos sobre sexualidade feminina. Nessa mesma perspectiva, Reis (2018), aponta que:

A meu ver, a campanha de imunização contra o HPV para crianças e adolescentes – inicialmente voltada exclusivamente para o público feminino – reproduz e reafirma a capacidade de controle desses corpos por instituições governamentais, que legalizam, instrumentalizam e respaldam esse manejo do corpo feminino. A mensagem passada é que a responsabilidade pela saúde sexual da população está necessariamente associada às mulheres e não aos homens (Reis, 2018,: 46).

A associação entre vacinação e permissividade sexual não possui sustentação científica, mas carrega grande peso simbólico nas decisões parentais. Historicamente, o corpo da mulher tem sido alvo de controle social. Michelle Perrot (1998) lembra que, na Idade Mé-

dia, os corpos femininos não lhes pertenciam; no âmbito conjugal, estavam sob domínio do marido, refletindo a ordem patriarcal.

Na mesma linha, Federici (2017: 307) acrescenta que as caças às bruxas, a partir do século XV, estiveram ligadas a uma nova ordem patriarcal, na qual “os corpos das mulheres, seu trabalho, seus poderes sexuais e reprodutivos foram colocados sob o controle do Estado e transformados em recursos econômico”. A autora adverte ainda que, na sociedade capitalista o corpo das mulheres é o principal terreno de sua exploração e resistência sendo forçado pelo estado e pelos homens “a funcionar como um meio para a reprodução e a acumulação de trabalho. Neste sentido, é bem merecida a importância que adquiriu o corpo, em todos os seus aspectos — maternidade, parto, sexualidade” (Federici, 2017: 307).

Partindo dessa premissa, o útero assume uma função simbólica e utilitarista que condiciona à mulher a sua capacidade reprodutiva. Por essa razão “políticas higienistas, controlistas e populacionais se interessam, vigorosamente, pelo corpo da mulher” (Vieira, 2022, p. 23). Na mesma linha, Nielsson (2020) afirma que, no contexto latino-americano e brasileiro, o debate sobre os direitos sexuais e reprodutivos tem ganhado relevância, sendo o sexo controlado pelo Estado com o objetivo de reprodução, configurando-se em moldes heteronormativos e legitimados pelo matrimônio. Para a autora, “o que se vislumbra é um *continuum* na tentativa biopatriarcalista de controlar o poder reprodutivo das mulheres, e com isso, de seus corpos, amplamente vinculado ao projeto biopolítico de controle das massas” (Nielsson, 2020: 10). Sob a mesma ótica, Segato (2014) destaca que o corpo feminino se amolda perfeitamente à ideia de biopoder, pois é constantemente investido de significados territoriais e reprodutivos.

É neste contexto que a abordagem das implicações de gênero na baixa cobertura vacinal contra o HPV pode ser pensada, para além de uma questão de saúde reprodutiva, a partir do paradigma da justiça reprodutiva, “uma perspectiva teórica capaz de dar suporte à interseccionalidade necessária para análise da vivência dos direitos reprodutivos e da garantia do acesso à saúde sexual e reprodutiva” (Nielsson, 2025, p. 10), levando-se em consideração os contextos sociais e desigualdades estruturais que permeiam escolhas reprodutivas individuais. A justiça reprodutiva enfrenta como os diferentes regimes de opressão impactam a saúde sexual e reprodutiva e prioriza a organização coletiva para demandar direitos e políticas fundamentais ao exercício livre e autônomo da sexualidade (Ross, 2006).

Nessa perspectiva, a ideia de justiça é bem mais ampla que a de direito, pela inclusão das intersecções ou imbricações sociais de meninas e mulheres em suas inúmeras diversidades. Dessa forma, a Justiça Reprodutiva refere-se aos recursos econômicos, sociais e políticos para que as mulheres possam tomar decisões saudáveis sobre os seus corpos, suas sexualidades e suas reproduções, não de uma maneira apenas individual, mas levando em conta suas famílias, comunidades e a estrutura social (opressiva sob diferentes aspectos) em que estão inseridas (Asian Communities For Reproductive Justice, 2005).

Nesse contexto, uma vez considerando-se a baixa cobertura vacinal a partir da ótica da justiça reprodutiva, é imprescindível que o Estado brasileiro elabore estratégias articuladas para enfrentar o negacionismo vacinal, potencializado pela disseminação de desinformação, bem como para formular políticas públicas voltadas à desconstrução

da ordem patriarcal que ainda influencia as relações de gênero, permeadas ainda por outras formas de desigualdades estruturais, como desigualdade racial, de classe e de sexualidade. Tal temática será aprofundada na seção seguinte.

IV. Estratégias e políticas para ampliar a cobertura vacinal contra o HPV

Desde o surgimento das vacinas, sempre houve desconfiança quanto à sua eficácia, em grande parte devido ao desconhecimento da população, que gera temor principalmente em relação aos efeitos colaterais, cenário que pôde ser constatado durante a pandemia de COVID-19. Além disso, o entendimento sobre questões de saúde pública é, muitas vezes, utilizado como um campo de manipulação social por elites (Reis, 2018).

No Brasil, após a institucionalização do Programa Nacional de Imunização (PNI), a forma como a população passou a encarar a vacina começou a mudar. Graças a estratégias bem-sucedidas doenças foram erradicadas no país. Um exemplo marcante foi a campanha de vacinação contra a poliomielite, realizada na década de 1980, que contou com a criação do personagem Zé Gotinha para sensibilizar o público infantil (Koehler e Santos, 2017). Visando ampliar a cobertura vacinal, além das campanhas de vacinação, outras estratégias também podem ser utilizadas, considerando as características do território e da população. Entre as estratégias básicas de vacinação estão: a vacinação de rotina realizada na unidade de saúde, vacinação de bloqueio e vacinação extramuros (Koehler e Santos, 2017).

Em relação à vacina contra o HPV, as campanhas de vacinação se mostram como a estratégia mais eficaz, uma vez que ações de intensa mobilização da comunidade, principalmente por meio de veículos de comunicação de massa e da ampliação do número de postos, permitem maior acesso da população à imunização. Uma medida que poderia ser novamente adotada é a vacinação contra o HPV nas escolas. No primeiro ano de implantação da vacina, a primeira dose foi ministrada em escolas públicas e privadas, alcançando cobertura próxima a 100%. Entretanto, a segunda dose, aplicada nas unidades de saúde, teve adesão de cerca de 62,29% da população (Reis, 2018).

Conforme relatado anteriormente, os veículos de comunicação desempenham papel crucial na divulgação de campanhas de saúde. Um estudo realizado em 2014 apontou que, naquela época, a televisão possuía maior eficácia no compartilhamento de informações e na adesão da população a essas campanhas (Carvalho, 2019).

Atualmente, além de rádio e TV, as mídias digitais são fundamentais para disseminar informações a milhares de pessoas em poucos segundos. Nesse sentido, torna-se essencial utilizar essas ferramentas para a veicular mais informações sobre as vacinas, esclarecendo sua segurança e eficácia à população. Mais do que isso, é preciso conscientizar a população sobre a proteção da saúde coletiva. Como observa Reis (2018, p. 34) “hoje, especialmente entre indivíduos com perfil socioeconômico mais elevado, é possível identificar um crescente individualismo, expresso através da exigência por autonomia e liberdade de escolha”. Esse modelo propõe que os pais tenham liberdade no cuidado com os filhos, assumindo a responsabilidade pelos riscos decorrentes da não vacinação.

No caso da vacina contra HPV, Carvalho (2019) argumenta que, a comprovação de sua eficácia se dá por meio de pesquisas científicas que, em geral, são divulgadas apenas no meio clínico e acadêmico. Para que haja maior disseminação dessas informações, tais

estudos devem ser traduzidos para uma linguagem mais acessível à população em geral, especialmente considerando seus contextos sociais e desigualdades estruturais nas quais estão inseridas.

Ademais, é essencial, através do paradigma da justiça reprodutiva, que as campanhas realizadas pela mídia foquem nas questões de gênero, desconstruindo a associação entre vacina e sexualidade precoce. Uma alternativa é a utilização de figuras femininas (médicas, pesquisadoras, influenciadoras) que transmitam a importância da imunização e reforcem o empoderamento feminino.

A sexualidade na adolescência ainda é um tabu em diversos contextos familiares. Nesse cenário, as escolas exercem papel central na educação em sexualidade e saúde pública. Palestras com profissionais de saúde e campanhas de conscientização podem atingir grande número de jovens em idade escolar e promover a prevenção, o diagnóstico e o tratamento contra o HPV. Além disso, é importante inserir conteúdos de educação em sexualidade nos currículos escolares, abordando a prevenção do câncer de colo de útero e os direitos sexuais.

Nesse sentido, Reis (2018) adverte que, embora vacinação contra o HPV tenha sido pensada para ocorrer nas escolas, não houve uma articulação efetiva entre unidades de saúde e instituições de ensino para promover a educação sexual destinada a jovens da faixa etária-alvo das campanhas ministeriais. A capacitação dos profissionais da rede de ensino para abordar o tema de forma adequada ainda é incipiente.

Dados do Ministério da Saúde indicam que, entre 2022 e 2023, as doses aplicadas da vacina HPV aumentaram 42%. No público feminino, o aumento foi de 16%, enquanto no masculino chegou a 70%. Segundo o diretor do Programa Nacional de Imunizações do Ministério da Saúde, Eder Gatti, esses avanços são resultados dos programas de vacinação nas escolas, pois muitos meninos e meninas não vão às unidades de saúde. Por isso, torna-se necessário fortalecer a vacinação no ambiente escolar (Brasil, 2024).

Em 2024, a cobertura da primeira dose da vacina contra o HPV no Brasil alcançou cerca de 82,3 % entre meninas e 66,7 % entre meninos na faixa etária de 9 a 14 anos, conforme reportado pelo Instituto Butantan, embora a meta definida pelo Programa Nacional de Imunizações (PNI) seja de 90 % da população elegível (Butantan, 2025). Visando reforçar a estratégia de vacinação contra HPV, em março de 2025 o Ministério da Saúde promoveu um webinar com o objetivo de mobilizar estados e municípios para vacinar jovens de 15 a 19 anos. Uma das medidas anunciadas foi a introdução da vacina contra o HPV em dose única no Brasil, conforme a Nota Técnica nº 41 de 2024 do Ministério da Saúde. Assim, em abril de 2025, o SUS passou a disponibilizar a dose única da vacina para jovens de 9 a 19 anos, como parte de uma estratégia para resgatar adolescentes que ainda não haviam sido vacinados (Brasil, 2025).

A adoção do esquema de dose única da vacina contra o papilomavírus humano (HPV) passou a ser recomendada pela Organização Mundial da Saúde (OMS) após revisão sistemática das evidências científicas. O Grupo Consultivo Estratégico de Especialistas em Imunização (SAGE) concluiu, em 2022, que uma única dose da vacina confere proteção comparável à de duas doses para meninas de 9 a 14 anos e mulheres de 15 a 20 anos, sendo indicado esquema de duas ou três doses apenas para imunocomprometidos,

como pessoas vivendo com HIV (*World Health Organization*, 2022). Essa mudança visa ampliar a cobertura vacinal, facilitar a logística de aplicação e reduzir custos, sem comprometer a eficácia protetora.

Em consonância com as recomendações realizadas pela OMS, o Grupo Consultivo Técnico (GAT) sobre doenças imunopreveníveis da Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), recomendou em um relatório de 2023, que os países e territórios das Américas utilizassem o esquema de dose única da vacina contra o HPV, que no Brasil, conforme já mencionado, foi implementada pelo Ministério da Saúde em 2025.

V. Considerações Finais

A trajetória da vacinação no Brasil demonstra que políticas públicas consistentes, como o PNI, têm capacidade de erradicar doenças graves e consolidar uma cultura de imunização. Entretanto, a persistente resistência à vacina contra o HPV revela que barreiras culturais, religiosas e de gênero ainda impactam negativamente a saúde pública, sobretudo no que se refere à imunização das meninas. Essas resistências estão frequentemente ancoradas em valores conservadores e em uma percepção moralizante da sexualidade feminina, na qual o corpo da menina é visto como patrimônio da família e da comunidade, devendo ser resguardado, enquanto a sexualidade masculina tende a ser naturalizada.

Esse cenário reflete uma lógica de vigilância moral que associa, de forma equivocada, a vacinação ao incentivo à vida sexual precoce, reforçando desigualdades de gênero e perpetuando estereótipos. Apesar dos esforços do PNI, persistem lacunas na cobertura vacinal, agravadas pela disseminação de desinformação e de teorias conspiratórias que questionam a segurança da vacina. Superar essas barreiras exige uma abordagem inter-setorial que una saúde, educação e comunicação, considerando não apenas os dados epidemiológicos, mas também os significados simbólicos que influenciam as decisões familiares.

Para avançar, torna-se imprescindível combater a desinformação com campanhas claras, acessíveis e culturalmente sensíveis, promover a educação sexual de forma emancipatória e reforçar a vacinação no ambiente escolar. Políticas públicas integradas e inclusivas, que dialoguem com a diversidade social e de gênero, são essenciais para que as famílias compreendam a imunização como um ato de cuidado e prevenção, e não de estímulo à sexualidade. Somente com ações articuladas e sensíveis às desigualdades estruturais será possível atingir as metas de cobertura vacinal, reduzir as disparidades de gênero e garantir o direito à saúde como um bem coletivo e inegociável.

Além disso, como a resistência vacinal contra o HPV não se limita a uma questão individual de escolha, mas reflete processos históricos e estruturais que envolvem desigualdade de gênero, fragilidade das políticas de educação em saúde e insuficiência de estratégias comunicacionais, as políticas públicas que pretendam ampliar a cobertura vacinal devem considerar não apenas a oferta do imunizante, mas também a criação de ambientes sociais e institucionais capazes de acolher dúvidas, reduzir estigmas e desconstruir mitos enraizados no imaginário coletivo. Isso implica fortalecer a formação continuada de profissionais da saúde e da educação, para que atuem como mediadores qualificados entre ciência e sociedade.

Por fim, a experiência brasileira com a vacinação contra o HPV revela que o sucesso das

políticas de imunização depende de um esforço coletivo, sustentado pela integração entre Esta-do, comunidade e famílias. É necessário que o direito à saúde seja garantido não apenas em sua dimensão formal, mas também em sua efetivação cotidiana, promovendo igualdade de gênero, confiança na ciência e responsabilidade social. Somente assim será possível consolidar uma cul-tura de prevenção que não se restrinja à erradicação de doenças, mas que contribua para a construção de uma sociedade mais consciente de seus direitos.

Referências

- Asian Communities for Reproductive justice. *A New Vision for advancing our movement for reproductive health, reproductive rights and reproductive justice*. 2005. Disponível em: <http://strongfamiliesmovement.org/assets/docs/ACRJ-A-New-Vision.pdf>.
- Brasil (2003). Ministério da Saúde. *Programa Nacional de Imunizações 30 anos*. Brasília: Ministério da Saúde, Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/li-vro_30_anos_pni.pdf.
- Brasil (2025) Ministério da Saúde. Ministério da Saúde reforça estratégia de vacinação contra HPV. *Portal Gov.br*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2025/marco/ministerio-da-saude-reforca-estrategia-de-vacinacao-contr-hpv>.
- Brasil (2023). Ministério da Saúde. Taxa de HPV na genital atinge 54,4% das mulheres e 41,6% dos homens no Brasil, diz estudo. *Portal Gov.br*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2023/dezembro/taxa-de-hpv-na-genital-atinge-54-4-das-mulheres-e-41-6-dos-homens-no-brasil-diz-estudo>.
- Brasil (2024). Ministério da Saúde. Brasil está perto de alcançar meta de vacinação contra o vírus do HPV. *Agência Saúde*. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/assuntos/noticias/2024/dezembro/brasil-esta-perto-de-alcancar-meta-de-vacinacao-contr-o-vi-rus-do-hpv>.
- Butantan Instituto. HPV. São Paulo: *Instituto Butantan*, 2025. Disponível em: <https://butantan.gov.br/hpv>.
- Carvalho, LSF de (2019). *Significados atribuídos à vacinação contra o HPV por responsáveis legais de meninas*. 91 f. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) – Faculdade de Enfermagem, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019. Disponível em: <https://www.bdt.d.uerj.br:8443/handle/1/11174>.
- Dande, GMS; Silva Júnior, SI; Martinez, MR. (2022). Histórico da vacinação no Brasil e o atual cenário em decorrência da pandemia da COVID-19. *Revista Eletrônica Acervo Saúde*, v. 15, n. 11, p. 1–8. DOI: <https://doi.org/10.25248/REAS.e11346.2022>. Disponível em: <https://acervomais.com.br/index.php/saude/article/view/11346>.
- Federici, S. (2017). *Calibã e a bruxa*: mulheres, corpo e acumulação primitiva. São Paulo: Elefante.
- Koehler, MC; Santos, E. P. (2017). O calendário de vacinação brasileiro e as estratégias para imunização da população. In: SILVA, M. N.; FLAUZINO, R. F. (org.). *Rede de frio*: gestão, especificidades e atividades [online]. Rio de Janeiro: CDEAD/ENSP/EPSJV/Editora Fiocruz, ISBN: 978-65-5708-096-2. DOI: <https://doi.org/10.7476/9786557080962.0004>. Disponível em: <https://books.scielo.org/id/9qkyp>.
- Melo, MS. (2025). Acesso, cobertura e abandono da vacinação contra o papiloma-vírus humano no Distrito Federal: estudo de série temporal, 2013-2023. *Epidemiolo-*

gia e Serviços de Saúde, Brasília, v. 34, e20240006. DOI: <https://doi.org/10.1590/S2237-96222025v34e20240006>.

- Menezes, BS et al (2022). O percurso da imunização e sua contribuição para a sociedade: história, avanços e desafios da vacina no Brasil. *Revista Ciência e Saúde*, v. 12, n. 2, p. 39-61. Disponível em: <https://publicacoes.uniesp.edu.br/index.php/3/article/view/16>.
- Moura, LL; Codeco, CT; Luz, PM (2021). Cobertura da vacina papilomavírus humano (HPV) no Brasil: heterogeneidade espacial e entre coortes etárias. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 24, e210001. DOI: <https://doi.org/10.1590/1980-549720210001>.
- Moutinho, FFB (2020). Conflitos da sociedade brasileira com as normas sanitárias: um paralelo entre a revolta da vacina e a pandemia de Covid-19. *Hygeia: Revista Brasileira de Geografia Médica e da Saúde*, ed. esp. Covid-19, p. 60-71, jun. DOI: <https://doi.org/10.14393/Hygeia0054379>.
- Nogueira, RAB et al. (2021). A Revolta da Vacina e seus impactos. *Cientific@ Multidisciplinary Journal*, v. 8, n. 2, p. 1-10. DOI: <https://doi.org/10.37951/2358-260X.2021v8i2.5914>. Disponível em: <https://periodicos.unievangelica.edu.br/index.php/cientifica/article/view/5914>.
- Nielsson, JG (2020). Corpo reprodutivo e biopolítica: a hystera homo sacer. *Revista Direito e Práxis*, Rio de Janeiro, v. 11, n. 2, p. 880-910. DOI: <https://doi.org/10.1590/2179-8966/2019/40921>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdp/a/MC5VRnhpJrWSpFDk8GxsyNn/?format=html&lang=pt>.
- Nielsson, J. G. (2025). Direitos humanos, justiça reprodutiva e mortalidade materna no Brasil 20 anos depois da morte de Alyne Pimentel. *Revista Direito E Práxis*, 16(1), 1–28. Recuperado de <https://www.e-publicacoes.uerj.br/revistaceaju/article/view/78389>.
- Paho Technical Advisory Group recommends countries of the Americas to use single-dose HPV vaccine schedule. PAHO. Washington, D.C., 2023. Disponível em: <https://www.paho.org/en/news/5-9-2023-paho-technical-advisory-group-recommends-countries-americas-use-single-dose-hpv>.
- Perrot, M. (2025). *As mulheres ou os silêncios da história*. Bauru: Edusc, 2025.
- Reis, MNM. (2018). *Controvérsias no debate público sobre a vacina contra HPV no Brasil*. 2018. Monografia (Graduação em Saúde Coletiva) – Instituto de Estudos em Saúde Coletiva, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro.. Disponível em: <https://pantheon.ufrj.br/handle/11422/23931>.
- Ross, Loretta et al. Understanding Reproductive Justice: Transforming the Pro-Choice Movement. 2006. Disponível em: https://www.law.berkeley.edu/phpprograms/centers/crrj/zotero/loadfile.php?entity_key=6NK5BUG9.
- Santiago, FO et al. (2021). Fatores associados à não adesão e à evasão à vacinação contra o HPV entre escolares de 9 a 14 anos da cidade de Ipatinga-MG. *Brazilian Journal of Surgery and Clinical Research*, v. 33, n. 1, p. 06-13, Disponível em: <http://www.mastere-ditora.com.br/bjscr>.
- Segato, RL. (2014). Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres. *Revista Sociedad e Estado*, v. 29, n. 2, p. 341-363, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/se/a/XSfjZV5K7f9HkTy5SLTp7jw/?format=html&lang=es>. Acesso em: 12 ago. 2025.
- Scliar, M. (2005). *Do mágico ao social: trajetória da saúde pública*. 2. ed. São Paulo: Senac São Paulo.
- Vasques-Ferreira, F; Varão, R. (2021). *Fake news* e HPV: relações entre comunicação e informação para prevenção da doença e promoção da saúde de meninos e meninas. *Revista Polis*, Santiago, v. 24, n. 110, p. 173-183. DOI: <https://doi.org/10.26807/rp.v25i110.1741>. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/359954702_FAKE_NEWS_E_HPV_relacoes_entre_comunicacao_e_informacao_para_prevencao_da_doenca_e_pro

mocao_da_saude_de_meninos_e_meninas.

- Vieira, JR (2022). *Concepções de profissionais de saúde sobre a vacinação contra o papilomavírus humano no município de Nova Iguaçu/RJ*. 2022. 111 f. Dissertação (Mestrado em Ciências da Saúde) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Saúde, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Seropédica. Disponível em: <https://www.bdt.duerj.br:8443/bitstream/1/18008/2/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Juliana%20Rodrigues%20Vieira%20-%202022%20-%20Completa.pdf>.
- Wermuth, MAD; Nielsson, JG; Tertuliano, GC (2021). “O Brasil ainda é um imenso hospital”: movimentos higienistas e antivacina no Brasil – da incipiente República à contemporaneidade. *Revista Acadêmica da Faculdade de Direito do Recife*, v. 93, n. 1, p. 350-370. Disponível em: <https://periodicos.ufpe.br/revistas/ACADEMICA/article/view/249745>.
- World Health Organization (2022). Meeting of the Strategic Advisory Group of Experts on Immunization, conclusions and recommendations. Geneva: WHO. Disponível em: <https://www.who.int/news/item/11-04-2022-one-dose-human-papillomavirus-%28hpv%29-vaccine-offers-solid-protection-against-cervical-cancer>.

2. Comentarios *Jurisprudenciales*

Salud y medio ambiente, derechos entrelazados en el ordenamiento comunitario: La Sentencia C-626/22 a propósito del caso Ilva

Health and Environment: Intertwined Rights in the Ilva Case, a Commentary on Judgment C-626/22

Daniel Martínez-Arana¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)60](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)60)

Comentario a

Asunto C 626/22

C. Z. y otros contra Ilva SpA del 25 de junio de 2024

Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala)

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Sentencia C-626/22 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea supone un hito en la larga historia judicial del escándalo de contaminación más grande de Italia, el caso Ilva. En el presente artículo, se examina la respuesta de la Gran Sala a las tres cuestiones prejudiciales planteadas a raíz del caso y se profundiza en el derecho a un medio ambiente saludable en el ordenamiento comunitario, reflexionando sobre su definición y conexión con el derecho a la salud humana.

Se sostiene, en último lugar, que la interpretación realizada en la Sentencia de la Directiva 2010/75 no sólo es fiel al sentido literal de la norma, sino que puede servir como parámetro de interpretación para la protección cruzada de medio ambiente y salud humana en el futuro.

ABSTRACT

Judgment C-626/22 of the Court of Justice of the European Union marks a milestone in the long legal history of Italy's biggest pollution scandal, the Ilva case. This article examines the Grand Chamber's response to the three preliminary questions raised in the case and explores

¹ Estudiante de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

Correo electrónico: danimartinezarana@gmail.com

ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0001-9806-869X>

the right to a healthy environment in EU law, reflecting on its definition and connection to the right to human health.

Finally, it is argued that the interpretation of Directive 2010/75 in the judgment is not only faithful to the literal meaning of the law but can also serve as a benchmark for the cross-protection of environmental and human health in the future.

PALABRAS CLAVE: Derecho a un medio ambiente sano; Derecho a la salud; Caso Ilva; Directiva 2010/75; Permisos ambientales.

KEYWORDS: Right to a clean, healthy and sustainable environment; Right to health; Ilva case; Directive 2010/75/EU; Environmental permits.

I. Introducción:

En el año 1965 la empresa pública Italsider (que surgió de la fusión de dos acerías de propiedad estatal: Ilva y SAIC) abrió en el municipio pullés de Tarento la que hasta el momento se mantiene como la planta siderúrgica más grande de Europa.

Nos llevaría demasiado tiempo recordar todos los escándalos relacionados con la planta que, por otro lado, han sido exhaustivamente cubiertos por la prensa italiana en las pasadas décadas y constituyen el caso ambiental más longevo y complejo del país. Detenciones por delitos climáticos, traspasos de propiedad e incluso un referéndum han sucedido en esta ciudad de menos de 200.000 habitantes y otros municipios adyacentes como consecuencia de la contaminación emitida por la acería.

Para el propósito de este comentario, bastará como resumen de la situación el contenido en el Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible de 2022 (Asamblea General de las Naciones Unidas, 2022). En este documento, aportado también al caso que nos ocupa, el Relator advierte sobre la existencia de “zonas de sacrificio”, es decir, lugares donde la contaminación resulta insoportable para un grupo de población en concreto, a menudo marginalizado o con condiciones socioeconómicas inferiores a la media del país, afectando gravemente a su salud y derechos humanos en general. Estos lugares son ejemplos vivos de injusticias ambientales, espacios en los que la protección de las personas y el medio ambiente han cedido de forma desproporcionada ante intereses económicos.

El Informe incluye específicamente el caso que nos ocupa bajo estos términos:

“La planta siderúrgica de Ilva, en Taranto (Italia), lleva décadas poniendo en peligro la salud de la población y violando los derechos humanos al generar grandes volúmenes de contaminación atmosférica tóxica. Quienes viven en las inmediaciones padecen elevadas tasas de enfermedades respiratorias, cardiopatías, cáncer, dolencias neurológicas debilitantes y mortalidad prematura.”

El documento carga contra el Gobierno italiano por su responsabilidad en el caso al haber retrasado las actividades de saneamiento de la planta y aprobado legislación especial para proteger su funcionamiento (materia que trataremos más adelante). Por los

mismos hechos el Estado ya había sido condenado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en 2019 ².

Al proceso se aportan también evaluaciones médicas de 2017, 2018 y 2021 que prueban causalidad entre distintos problemas de salud de la población afectada y la emisión por la planta de Ilva de partículas PM10 y dióxido de azufre de origen industrial.

A priori, un caso de estas características parece carne de Tribunal Europeo de Derechos Humanos; una población que se considera personal y directamente víctima de violaciones a alguno de los derechos enunciados en el CEDH cuya responsabilidad directa o indirecta puede atribuirse a alguno de los Estados firmantes.

Como hemos visto, esta vía ya había sido empleada con éxito por los ciudadanos de Tarento sin que eso conllevara la suspensión de la actividad de la planta. Para conseguirlo, optaron por confrontar el ordenamiento italiano con la normativa ambiental comunitaria en los tribunales nacionales. Es a través de las cuestiones prejudiciales elevadas en ese proceso como acabamos con esta sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

I. La complicidad del Gobierno italiano

Un caso como el siguiente no puede entenderse sin explicar antes los constantes esfuerzos del Gobierno italiano por mantener la actividad de la planta a pesar de las numerosas quejas a raíz de la contaminación.

Para no extendernos demasiado nos retrotraeremos únicamente a 2012, cuando el Ministerio Público de Tarento ordenó el embargo preventivo de varias áreas de la planta paralizando su actividad alegando el incumplimiento de las normativas ambientales existentes en ese momento.

Fue aquí cuando el caso alcanzó el estatus de cuestión política nacional, avivando el debate sobre la ponderación entre los intereses económicos como el empleo y la salud y la protección del medio ambiente. Ese mismo año el gobierno promulgó el Decreto-ley 207/2012, el primero de varios que pasarían a conocerse popularmente como “Decretos Salva Ilva”.

Este estableció en la normativa del país el concepto de “establecimiento industrial de interés estratégico nacional”³. Básicamente, un régimen que permitía a una empresa seguir funcionando aun cuando sus bienes hubieran sido incautados con una prórroga de hasta treinta y seis meses a sus autorizaciones ambientales siempre que fuera absolutamente necesario para salvaguardar el empleo y la producción.

La promulgación del Decreto creado ad hoc para ajustarse a las condiciones de Ilva fue ampliamente criticado por la doctrina jurídica italiana. Autores como (Morelli, 2012) acusaron a la normativa de constituir una “ley-medida”⁴ que provocaba una disrupción en el procedimiento en curso iniciado por el Ministerio Público de Tarento. Estaríamos, por tanto, ante un peligroso precedente para la separación de poderes independientemente de la ponderación de los Derechos Fundamentales antes mencionados que cada cual pudiera realizar.

² Véase *Cordella y otros c. Italia*

³ Traducción aportada en la Sentencia del italiano: *stabilimento industriale di interesse strategico nazionale*

⁴ Traducción propia del italiano: *legge-provvedimento*

La planta seguía funcionando hasta la fecha de resolución de la Sentencia a tratar gracias a la concesión de prórrogas en este y otros decretos. En total, se dio un aplazamiento de once años desde la orden del embargo preventivo mencionada previamente.

II. La Sentencia C-626/22

Frente a esta situación, agrupaciones de ciudadanos de Tarento y municipios limítrofes presentan una demanda colectiva ante el Tribunal de Milán para la defensa de sus derechos a la salud, serenidad y tranquilidad en el desarrollo de su vida y un clima habitable. De estos, el único explícitamente mencionado en la Constitución como derecho fundamental es el derecho a la salud (artículo 32). Sin embargo, ya en el momento de publicación de esta sentencia se había aprobado la Ley Constitucional n.º 1 de 11 de febrero de 2022 que modificaba la Carta Magna para incluir en el artículo 9 el siguiente párrafo:

“(La República Italiana) Salvaguarda el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras. La ley del estado regula los modos y las formas de protección de los animales.”⁵

Todavía está por ver cuál será la influencia completa de dicha adición y cómo esta será empleada por los tribunales ordinarios y la Corte Constitucional⁶.

Volviendo al caso: la reclamación principal de la parte demandante era obtener la ordenación del cierre de la “zona en caliente” de la fábrica de Ilva. Para ello, se apoyaron en la Directiva europea 2010/75 sobre emisiones industriales y derivadas de la cría de ganado que, a su vez, refundió otras siete Directivas previas. El propósito principal de esta norma, en lo que a nosotros nos interesa, es el de detallar las condiciones de obtención, revisión y extinción de las autorizaciones medioambientales que habilitan al funcionamiento de actividades industriales contaminantes.

Con el contexto aportado podemos entrar de lleno en las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el juez *a quo* al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, todas ellas alrededor de la ya mencionada Directiva.

1. Sobre la consideración de la salud humana en los permisos

El Tribunal de Milán señaló que el Derecho italiano no preveía para que se concediese una autorización ambiental a una industria que se revisasen los posibles perjuicios a la salud humana que esta pudiera causar. Siguiendo la normativa nacional, estos daños sólo podrían evaluarse *a posteriori*, una vez la actividad industrial estuviera en marcha, de cara a una futura revisión del permiso.

Una regulación como esta podría vulnerar la Directiva 2010/75 a la luz del principio de cautela, definido en el caso National Farmers' Union y otros de 1999:

“Pues bien, ha de admitirse que, cuando subsisten dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, las Instituciones pueden adoptar medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos.” (Tribunal de Justicia de la Unión Europea, 1999).

⁵ Traducción del Servicio de Asuntos Internacionales del Senado italiano

⁶ Para una reflexión más profunda al respecto, consultar (Poggeschi, 2022)

Efectivamente el Tribunal consideró que la escasa protección del ordenamiento nacional era contraria a la Directiva. Dicha posición se comparte con facilidad puesto que la norma en cuestión no deja lugar a dudas al respecto.

El artículo 11.a) asigna a los Estados miembros la obligación de velar por la prevención de la contaminación en las instalaciones industriales en su territorio. La contaminación quedaba definida en el artículo 3.2 como:

“la introducción directa o indirecta, mediante la actividad humana, de sustancias, vibraciones, calor o ruido en la atmósfera, el agua o el suelo, que puedan tener efectos perjudiciales para la salud humana o la calidad del medio ambiente, o que puedan causar daños a los bienes materiales o deteriorar o perjudicar el disfrute u otras utilizaciones legítimas del medio ambiente”

Luego si el concepto de contaminación incluye explícitamente a la salud humana y los Estados deben velar por su prevención, no pueden dejar de considerar la salud en las medidas preventivas.

Por si no fuera suficiente con este razonamiento, otros artículos como el 8.2 y el 23.4.a) también hacen una mención expresa a este derecho fundamental en relación con los permisos y revisiones medioambientales respectivamente.

De lo anterior se desprende primero, que las autoridades de los Estados deben integrar a la salud de cara a la expedición (a priori) y revisión (a posteriori) de los permisos y, segundo, que los titulares de las industrias están obligados a aportar información a ese respecto y garantizar el cumplimiento de la Directiva.

Con arreglo a esto, una evaluación médica que exponga peligros a la salud no contemplados previamente de una actividad industrial es causa suficiente para que corresponda al Gobierno la revisión de dicho permiso en un plazo breve.

2. Sobre la consideración de concretas emisiones en los permisos

La segunda cuestión prejudicial aborda qué sustancias contaminantes deben ser tenidas en cuenta de cara a los permisos. Resulta relevante al caso puesto que en las autorizaciones ambientales concedidas a Ilva en el año 2011 y 2012 no se tuvieron en cuenta partículas de PM2.5, PM10, cobre, mercurio y naftaleno puesto que no eran emisiones “previsibles” de la instalación. Sin embargo, evaluaciones médicas acreditan que estas sustancias de facto se estaban emitiendo y teniendo un efecto nocivo para la población. Luego, en las autorizaciones ambientales ¿Deben ser tenidas en cuenta únicamente las emisiones previsibles de la concreta actividad económica o todas las que después pudieran encontrarse emitiendo?

La respuesta, de nuevo, parece bastante lógica. Si lo que se busca es proteger la salud humana y el medio ambiente de forma efectiva ¿Qué importancia tiene que una sustancia sea previsible o imprevisible si es capaz igualmente de causar daños en este sentido? El Tribunal se mantuvo en esta posición apoyándose en el artículo 14.1.a:

“(Se deberán incluir en el permiso) los valores límite de emisión para las sustancias contaminantes enumeradas en el anexo II, y para otras sustancias contaminantes que puedan

ser emitidas en cantidad significativa por la instalación de que se trate, habida cuenta de su naturaleza y potencial de traslados de contaminación de un medio a otro;”

Como única excepción, matizó la Gran Sala, sólo podrán obviarse en la autorización la emisión de sustancias que tengan efectos insignificantes sobre la salud humana o el medio ambiente. Dicho de otra manera, sólo escapan de la norma las sustancias que no provoquen ningún efecto significativo en los bienes jurídicos que esta protege.

3. Sobre la legalidad de las prórrogas a Ilva

Por último, se plantea la cuestión más políticamente espinosa de las tres: ¿Es contraria la Directiva a las numerosas prórrogas concedidas por el Estado italiano a las condiciones de explotación de Ilva?

El ya mencionado artículo 8 de la Directiva indica que los Estados están obligados a imponer a las industrias el cumplimiento de las condiciones de sus permisos y, concretamente, deben asegurarse de que el titular tome de inmediato las medidas necesarias para ajustarse a la autorización cuanto antes.

En caso de que esto no sea posible y que la adaptación de las instalaciones no pueda realizarse de inmediato siempre que, a su vez, exista un inminente peligro para la salud humana, el Estado debe ordenar la suspensión de la explotación.

Parece evidente que el Gobierno italiano no actuó acorde con esta normativa. Si bien en sus alegaciones defienden que la suspensión de las actividades habría supuesto un duro golpe en el empleo de la región, debemos recordar que el sofisticado equilibrio entre Derecho comunitario y nacional exige que esta Directiva sea tratada en Italia con plena fuerza legal. Como tal, al Gobierno italiano, en tanto que poder ejecutivo, le correspondía garantizar su aplicación y no dificultarla mediante Decretos-leyes *ad hoc*.

En una norma tan clara como la Directiva, la ponderación de los bienes en juego (salud, medioambiente y empleo en este caso) viene implícita y realizada ya por el legislador comunitario, correspondiéndole al ejecutor la aplicación por subsunción de la norma sin volver a realizar una reflexión a mayores sobre las virtudes o defectos de las consecuencias derivadas de su imposición. Esta es la contención que exige el respeto a la separación de poderes, particularmente en sistemas inclinados hacia el mayor poder del legislativo por respeto al principio democrático como son los modelos europeos de inspiración napoleónica o continental.

Ahora bien, hay que reconocerle determinado margen al Gobierno italiano como consecuencia del considerando 43 de la Directiva, que indica que:

“A fin de disponer de tiempo suficiente para adaptar técnicamente las instalaciones actuales a los nuevos requisitos de la presente Directiva, algunos de los nuevos requisitos deben aplicarse a estas instalaciones tras un plazo fijo a partir de la fecha de aplicación de la presente Directiva.”

¿Constituían las prórrogas otorgadas por los Decretos Salva Ilva este plazo fijo para adaptar las instalaciones a los requisitos de la Directiva? El TJUE consideró que la resolución de esta cuestión de fondo corresponde a quien verdaderamente debe aplicar la norma

europaea: el juez nacional, en este caso el Tribunal de Milán. En vista de esta deferencia, tendremos que esperar a la decisión del juez a quo al respecto de este apartado que, previsiblemente, será el eje central de las argumentaciones de las partes.

III. El derecho a un medio ambiente sano en el marco de la UE

Una vez abordada completamente la sentencia, aprovecharé esta oportunidad para desplazarme de lo particular a lo general para considerar las implicaciones que un caso tan mediático y relevante en número de personas afectadas pueda tener sobre el derecho al medio ambiente en el ordenamiento comunitario. Máxime cuando se trata de un concepto jurídico de tan compleja definición, como trataremos ahora.

1. Configuración

El derecho a un medio ambiente sano en las fuentes primarias de la Unión Europea queda enunciado en el artículo 37 de la Carta de Derechos Fundamentales, bajo el Título IV "SOLIDARIDAD".

Más allá de este uso, el Título XX del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea titulado "MEDIO AMBIENTE" encauza en sus tres artículos los objetivos de la Unión en este ámbito, así como sus medios y principios.

Dirigiré mi atención sobre el hecho de que en ninguna de esas dos fuentes que constituyen la cobertura principal de los asuntos ambientales en el Derecho primario de la UE se aporta una definición del bien jurídico a proteger, el propio medio ambiente.

Ni con los artículos aportados ni con cualesquiera otros del TUE, TFUE o Carta encontraremos una respuesta precisa a la pregunta ¿Qué entiende la UE por medio ambiente? Más bien, parece que hubo un esfuerzo deliberado en dejar la cuestión abierta dadas las redundancias del texto:

Artículo 191.1 "La política de la Unión en el ámbito del medio ambiente contribuirá a alcanzar los siguientes objetivos: — la conservación, la protección y la mejora de la calidad del medio ambiente"

Artículo 191.3 "En la elaboración de su política en el área del medio ambiente, la Unión tendrá en cuenta: — las condiciones del medio ambiente en las diversas regiones de la Unión"

Tampoco en otros documentos ligeramente más prosaicos como la *Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los EEMM de 1973 en materia de medio ambiente* encontramos una respuesta clara. Sin embargo, esta fuente ayuda a alcanzar una visión más matizada sobre el concepto y, por ejemplo, nos indica qué definiciones no son satisfactorias.

"El medio ambiente no puede considerarse como un medio exterior a cuyos daños y agresiones está expuesto el hombre, sino como un dato indisoluble de la organización y la promoción del progreso humano." (*Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente, 1973*).

Algunos intentos resultan, por otro lado, demasiado abstractos o antropocéntricos. Uno de los más populares, de gran influencia en la doctrina constitucional española, fue la definición aportada en una comunicación de la Comisión al Consejo de las Comunidades Europeas en 1972 en la que se precisaba al medio ambiente como:

“la asociación de elementos cuyas relaciones mutuas determinan el ámbito y las condiciones de vida, reales o ideales de las personas y de las sociedades”

En las (*Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 1990 en Dublín, 1990*) nos acercamos a algo parecido a una definición, que no llega a estar del todo cerrada. En este documento se recoge que la protección del derecho a un medio ambiente limpio y sano debe cubrir especialmente (pero no exhaustivamente) la calidad del aire, aguas, alimentos, ruido...

El hecho que aquí identificamos, la dificultad de construir una definición precisa de medio ambiente que pueda ser usada en el ámbito jurídico, no es exclusiva del ordenamiento de la UE, sino que se ha tratado con recurrencia en los círculos académicos nacionales en el análisis de sus propios principios constitucionales.

Un primer obstáculo para esta determinación proviene de la propia amplitud del concepto y del hecho de que este haya nacido en el ámbito de las ciencias naturales. Estas pueden contentarse con la existencia de un concepto generalista (definido como tal) y provisional que abarque la totalidad de los recursos naturales. Para usos más precisos es posible, simplemente, crear otro término más concreto (flora, por ejemplo). Esto es así porque no se derivan obligaciones específicas de proteger o invertir para una determinada finalidad del mero hecho de emplear uno u otro término. Tienen un uso, pues, convencional. Los debates naturalistas sobre qué es el medio ambiente, existentes, sin duda, pueden permanecer en el ámbito de la academia sin influir de primeras en las relaciones sociales.

En Derecho, sin embargo, el empleo concreto de las palabras “medio ambiente” puede ser una fuente regular de conflictos sobre aquello que abarcan, sobre todo si estas se emplean para caracterizar tanto ámbitos competenciales, como derechos, objetivos políticos, sujetos de delitos... En las poéticas palabras del naturalista francés conde de Buffon:

“la naturaleza no es una cosa, porque esa cosa lo sería todo. La naturaleza no es un ser, pues ese ser sería Dios” (Roger, 1997).

La enorme amplitud del término puede ser beneficiosa para una mayor protección de la naturaleza, sin embargo, puede generar inseguridad en su uso y derivar en una suerte de estiramiento conceptual como aquel del que alertaba Giovanni Sartori.

Nos encontramos, pues, ante un debate abierto sobre la posibilidad o conveniencia de definir algo tan extenso y elevado como la naturaleza dentro de un engranaje tan minucioso y actualmente antropocéntrico como es el Derecho. Las dos posturas principales pueden encontrarse recogidas en referencia al ordenamiento jurídico español por (López Ramón, 2023):

“Parece lógico que la reacción frente a ese concepto omnicomprendivo del medio ambiente haya provenido de los estudios jurídicos. Si el medio ambiente como objeto del derecho comprende todo, el concepto no resulta de ninguna utilidad. Cuando se pretende definir un objeto para regularlo, encauzarlo, modificarlo, en atención a determinadas finalidades, por los medios pacificadores del derecho, de poco parece servir un concepto tan amplio. [...] Sin embargo, alguna virtualidad cabe conceder a la concepción amplia o expansiva del medio ambiente. Esa posición está reflejando la condición propia del hombre en el universo, a la que nada resulta ajeno, y puede llevarnos a configurar la protección del medio ambiente, desde el punto de vista jurídico, como una finalidad, como un gran objetivo del ordenamiento aplicable a todas las políticas públicas.”

Considerando, que ninguna definición de medio ambiente ha adquirido el estatus de convención internacional y, además, que todo intento de delimitar el término va a conllevar críticas, parece sensato concluir que hoy en día “medio ambiente” es usado como un concepto jurídico indeterminado (al menos en referencia al ordenamiento comunitario) a pesar de que existan esfuerzos por reducir su ambigüedad⁷.

Teniendo esto en cuenta, sí que nos es posible distinguir tres dimensiones diferenciadas en la consideración del derecho al medio ambiente en el marco de la UE. En primer lugar, nos encontramos con el principio de desarrollo sostenible enunciado de forma expresa en el artículo 11 del TFUE y 37 de la Carta. Según ha sido definida en la (Estrategia Española de Desarrollo Sostenible, 2007) este busca orientar las políticas comunitarias hacia la consecución de una nueva racionalidad económica y social que sea respetuosa con las posibilidades de las generaciones futuras y los territorios menos industrializados.

En segundo lugar, de acuerdo con las nuevas corrientes ambientalistas la UE ha ido sustituyendo la visión tradicional de naturaleza al servicio del ser humano por una nueva concepción que reconozca el valor intrínseco de los recursos naturales. El reconocimiento de este no debería ser algo sorprendente al Derecho como herramienta humana que se funda sobre la preservación de la vida y libertades humanas como valores intrínsecos.

Así, si reconocemos que los homicidios deben ser castigados porque debemos proteger la vida de las personas y esto no nos exige una mayor argumentación, tampoco debería requerírnosla aplicar la misma protección a otras vidas o existencias no humanas. Luego hablamos de una perspectiva que no desborda las posibilidades del Derecho. Es una cuestión, más bien, de dónde colocamos como sociedad la línea de la empatía y de nuestra capacidad institucional para proteger a otros seres.

Así lo ha demostrado la UE especialmente mediante su Derecho secundario que establece obligaciones a los Estados de preservación de espacios naturales y especies. Vienen a la cabeza con facilidad la Directiva Hábitats y la Directiva Aves que juntas regulan la Red Natura 2000.

2. Vinculación con el derecho a la salud humana

Por último, volviendo al caso Ilva, posiblemente el pilar más antiguo de la política ambiental de la UE se funda sobre la protección de la salud humana. Esta relación está enunciada explícitamente en el segundo párrafo del artículo 191 del TFUE, donde la pro-

⁷ Véase (Cifuentes Sandoval. 2008) para el caso colombiano y (Llaczka Asencios. 2019) en Perú

tección de la salud de las personas consta como uno de los objetivos del ejercicio de las competencias ambientales de la Unión.

Esta estrecha conexión es la que lleva al TJUE a afirmar en la sentencia que la Directiva 2010/75, que es interpretada por el Tribunal, no es únicamente una herramienta de protección del medio ambiente por sí mismo (que se correspondería con la segunda perspectiva que hemos mencionado) sino también como una herramienta de protección humana a través del medio y del desarrollo de las futuras generaciones (tercera y primera perspectiva).

“Habida cuenta del estrecho vínculo existente entre la protección del medio ambiente y la de la salud humana, la Directiva 2010/75 pretende facilitar no solo la aplicación del artículo 37 de la Carta, como se indica en el considerando 45 de dicha Directiva, sino también la del artículo 35, ya que un nivel elevado de protección de la salud humana no puede alcanzarse sin un nivel elevado de protección del medio ambiente, conforme al principio de desarrollo sostenible. De este modo, la Directiva 2010/75 contribuye a la salvaguardia del derecho de toda persona a vivir en un medio ambiente que permita garantizar su salud y su bienestar”⁸

En la primera cuestión prejudicial hemos identificado cómo la salud debía ser considerada de cara a los permisos industriales en parte gracias a que se encontraba explícitamente mencionada en la Directiva 2010/75. Sin embargo, vista la estrecha conexión que el Tribunal traza entre ambos derechos y que se encuentra recogida en el TFUE, es razonable pensar que aún sin esta mención explícita en la Directiva, habría sido posible obligar a la consideración de la salud humana en las autorizaciones.

A pesar de nuestra capacidad de abstracción y de separarnos jurídicamente del resto de la fauna, nuestros pulmones sufren los daños de la contaminación como los de otros animales no humanos. Así, nosotros somos también naturaleza y medio y las normas que, al aire, las flores y a otros animales protegen, pueden ser empleadas para protegernos a nosotros.

La sentencia, al establecer esta doble protección que surge de reconocer la estrecha conexión entre estos dos derechos, puede servir de parámetro de interpretación para dotar de mayor fuerza ejecutiva a las normas comunitarias y nacionales que sancionen la contaminación.

Así, por ejemplo, si bien en la Constitución española el derecho a un medio ambiente adecuado del artículo 45 no es formalmente un derecho fundamental sino un principio rector de la política social y económica. El derecho a la vida y la integridad física y moral del artículo 15 sí es propiamente un derecho fundamental con las garantías que eso conlleva (posibilidad de recurso de amparo, tutela en procedimiento preferente y sumario...). Luego, si un caso Ilva se diera en territorio español y las contaminaciones de una instalación industrial redujesen considerablemente la esperanza de vida de una población en concreto, se podría aspirar a una mayor protección argumentando a favor de la protección de la salud, vida o integridad física que a favor de un medio ambiente sano.

8 Texto de la sentencia

Los ordenamientos europeos todavía deben adaptarse a la emergencia de los llamados "derechos de tercera generación" (empleando la célebre clasificación de Karel Vašák)⁹ como el derecho a un medio ambiente sano. Es beneficioso trazar puentes entre esta nueva generación de derechos y los más asentados derechos civiles y sociales de la primera y segunda generación respectivamente para que las garantías extensas de éstos puedan aplicar también a aquellos y para que las normativas ambiciosas en materias sociales o ambientales puedan proteger también la libertad e integridad de los ciudadanos.

IV. Conclusiones

La interpretación realizada de la Directiva 2010/75 en la Sentencia C-626/22 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea no es sólo fiel al texto, sino que, además, se encuentra en sintonía con los objetivos de la Unión y la jurisprudencia precedente. Con ella, el Tribunal fortalece el papel de la UE en su competencia ambiental, evitando que los Estados puedan evadir las normas contra la contaminación realizando ponderaciones ajenas a aquellas aportadas por el legislador comunitario.

En cuanto a las consecuencias doctrinales, esta sentencia supone un paso más en la ya asentada doctrina comunitaria que entrelaza las definiciones de los derechos a la salud y medio ambiente. Lejos de quedarse en un plano estrictamente teórico, el caso Ilva demuestra que dicha conexión puede emplearse como pauta de interpretación de las normas europeas para aumentar su alcance y ambición. Este efecto se presenta de forma bilateral, auxiliando un derecho al otro en función de la materia de la normativa.

Ahora bien, debemos recordar que el caso Ilva está lejos de encontrarse cerrado. Habrá que permanecer al tanto de la resolución del Tribunal de Milán ya resueltas las cuestiones prejudiciales donde será clave la interpretación que este realice de la Directiva y, especialmente, de su considerando 43.

Referencias bibliográficas

- Asamblea General de las Naciones Unidas (2022) «Informe del Relator Especial sobre la cuestión de las obligaciones de derechos humanos relacionadas con el disfrute de un medio ambiente sin riesgos, limpio, saludable y sostenible».
- Cifuentes Sandoval, G.E. (2008) «El medio ambiente Un concepto jurídico indeterminado en Colombia», *Universidad Autónoma del Caribe* [Preprint]. Disponible en: <http://repositorio.uac.edu.co/handle/11619/1051> (Accedido: 2 de agosto de 2025).
- *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de 1990 en Dublín (1990)*.
- *Declaración del Consejo de las Comunidades Europeas y de los representantes de los gobiernos de los Estados miembros reunidos en el seno del Consejo, de 22 de noviembre de 1973, relativa a un Programa de acción de las Comunidades Europeas en materia de medio ambiente (1973)*. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

9 La categorización del derecho a un medio ambiente sano dentro de estas generaciones es polémica. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (segunda generación) no lo reconoce de forma directa, pero sí lo menciona como instrumental al derecho a la salud humana. En la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes (tercera generación) sí que se reconoce propiamente, por eso he decidido localizarlo en este lugar. Con independencia de esto, son varias las carencias del sistema de generaciones de Vašák. Si lo empleo en este artículo es exclusivamente porque es un sistema familiar para los académicos y estudiantes del Derecho.

TXT/?uri=CELEX:41973X1220.

«Estrategia Española de Desarrollo Sostenible(2007), elaborada por el Grupo Interministerial para la Revisión de la Estrategia de Desarrollo Sostenible de la Unión Europea y la preparación de la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible y aprobada por el Consejo de Ministros de 23 de noviembre de 2007» (2007).

• Llacza Ascencios, W.G. (2019) «El concepto jurídico de medio ambiente en la administración de justicia en materia ambiental», *Universidad Nacional del Centro del Perú* [Preprint]. Disponible en: <http://repositorio.uncp.edu.pe/handle/20.500.12894/6008> (Accedido: 2 de agosto de 2025).

• López Ramón, F. (2023) «La construcción del ordenamiento ambiental español», *Cuadernos de Derecho Local* [Preprint]. Disponible en: <https://doi.org/10.61521/cuadernosderecholocal.46.765>.

• Morelli, A. (2012) «Il decreto Ilva: un drammatico bilanciamento tra principi costituzionali», *Diritto Penale Contemporaneo* [Preprint], (1/2013). Disponible en: https://www.academia.edu/26323015/MORELLI_Il_decreto_Ilva_un_drammatico_bilanciamento_tra_principi_costituzionali (Accedido: 29 de junio de 2025).

• Poggeschi, G. (2022) «La revisión medioambiental del 11 febrero 2022 de la constitución italiana: ¿un cambio substancial O formal?», *Revista Iberoamericana de Derecho, Cultura y Ambiente* [Preprint].

• Roger, J. (1997) *Buffon: A Life in Natural History*. Traducido por S.L. Bonnefoi. Ithaca, N.Y.

• Tribunal de Justicia de la Unión Europea (1999) *Sentencia del 21 de septiembre de 1999, National Farmers' Union y otros, C-157/96, ECLI:EU:C:1998:191*.

El interés superior del Menor, su derecho a ser oído y la tutela judicial efectiva de la familia extensa en los procedimientos de adopción frente a la inflexibilidad procesal

The child's best interests, their right to be heard and the effective judicial protection of the extended family in adoption proceedings versus procedural inflexibility

Eduardo Palou de Comasema Izquierdo¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)61](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)61)

Comentario a
STC 82/2024
Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En esta resolución, el Tribunal Constitucional nos plantea un caso en el cual vemos en una posición contrapuesta el deber de aplicar las normas procesales de forma rigurosa, por un lado, y la protección jurídica al interés del menor, que ostenta una categorización especial como superior al de los demás ciudadanos, por el otro. A través de las páginas, el documento nos sitúa ante unos hechos del todo peculiares que no fueron previstos por el legislador y que configuran una situación límite en la que adoptar una decisión es ciertamente complicado. Por lo tanto, se hace necesario analizar en primer lugar la tutela judicial efectiva y algunos elementos relacionados como la legitimidad activa a fin de determinar si hubo en primera instancia alguna forma de justificación subyacente a la acción de los tribunales. También, y de forma separada cabe hablar sobre la protección del interés del menor y sus consecuencias, extensamente recogidos en la doctrina del

¹ Estudiante de segundo grado en Derecho y ADE en la Universidad Autónoma de Madrid.
Correo electrónico: epaloudc@gmail.com
Orcid: <https://orcid.org/0009-0005-4337-4066>

tribunal y en la legislación internacional a fin de entender el fallo del Tribunal Constitucional en nuestra sentencia.

ABSTRACT

In this ruling, the Constitutional Court presents a case in which two opposing positions are at issue: on the one hand, the duty to apply procedural rules in a strict manner, and on the other, the legal protection of the best interests of the child, which enjoys a special status superior to that of other citizens. Throughout its pages, the document places us before a set of highly unusual circumstances that were not foreseen by the lawmakers and that give rise to an extreme situation in which adopting a decision becomes particularly complex. Therefore, it is necessary first to examine the right to effective judicial protection and certain related elements, such as legal standing, to determine whether, at first instance, there was any underlying justification for the actions of the courts. In addition, and separately, it is appropriate to address the protection of the child's best interests and its consequences, which are extensively developed both in the Court's jurisprudence and in international legislation, to understand the Constitutional Court's reasoning in the present judgment.

PALABRAS CLAVE: Situación de desamparo; Interés superior del menor; Tutela judicial efectiva; legitimación activa; Procedimiento de adopción.

KEYWORDS: Situation of abandonment; Best interests of the child; Effective judicial protection; Legal standing; Adoption procedure.

I. Introducción

La sentencia se origina por una demanda de amparo presentada por los abuelos del menor de edad, señalando como vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva por vulneración del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y como manifestación del derecho a un juicio justo amparándose en los artículos 24.1 y 2 CE y 6 CEDH. Esta demanda de amparo responde al auto del juzgado de primera instancia N°9 de Murcia que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones (presentado por la propia familia) que recaía en el auto que decretaba la adopción de su nieto. Atendiendo a los factores contextuales de enorme relevancia para el fallo, podemos señalar que previamente a estos sucesos la familia se vio envuelta en una serie de procedimientos judiciales con respecto a la nieta y el nieto. El primer procedimiento era una impugnación de una resolución por la cual la comunidad autónoma asumía la tutela del menor, proceso que se zanjó tras la muerte de la madre por la falta de legitimación activa de los abuelos. Esto marcó el surgimiento de un nuevo procedimiento, que no llegó a concluirse por el auto donde se declaraba la adopción, donde se impugnaba el anterior.

I. Breve apunte sobre el desarrollo inicial de los hechos.

Un hecho de extraordinaria relevancia en todo el proceso y que marca la propia existencia del mismo, es el fallecimiento en el 24 de marzo de 2020 de doña H.A.O.M.. Esta mujer era la madre de tres niños, dos de los cuales se vieron envueltos en una larga serie de procedimientos judiciales. Sin embargo, son los procesos llevados a cabo sobre la custodia del menor, de nombre I.O.S., los que terminan dando lugar a la demanda de amparo. Otro elemento de relevancia a mencionar y que configura el desarrollo de los hechos es la convivencia de la madre y los tres hijos en el hogar de los Abuelos, quienes más tarde

serán los protagonistas de todo el proceso.

El 17 de mayo de 2018, la Dirección General de Familias y Políticas Sociales de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Región de Murcia dicta una resolución administrativa por la cual asumían la tutela del menor y eliminaban la patria potestad de la madre sobre éste. La razón que les lleva a tomar esta decisión se basa en la apreciación de una situación de desamparo. Para entender qué llevó a la administración a tomar esta medida me remito a el lance relatado en la sentencia de la audiencia provincial de Murcia 644/2020 que llevaron a tomar la misma medida con respecto a la hermana mayor: “[...] no se cuestiona en este procedimiento la situación de desamparo de la menor, propuesta por resolución en vía de urgencia tres días después de nacer, ante los graves índices de desprotección detectados el día de su nacimiento (NUM000 de 2015), como eran la grave enfermedad mental de la madre, su total falta de recursos personales y materiales para hacerse cargo de la menor, el abandono del cuidado de otro hijo anterior, la inestabilidad e inexistencia de trabajo y de hábitos de vida ordenada de la madre y sus malas relaciones con la familia extensa [...] Posteriormente, ante el abandono de la madre del domicilio de sus padres, su vida desordenada y las faltas de atenciones de la niña, se reactivó el expediente [...] La madre queda de nuevo embarazada, naciendo un nuevo hijo el 4 de abril de 2017, que finalmente también es tutelado por la Entidad Pública.”. De esto podemos llegar a concluir que de no haber fallecido la madre, las alegaciones que formuló junto a sus padres tampoco habrían dado los frutos esperados. También es de relevancia la mención que realiza la misma sentencia sobre una conducta no colaborativa por parte de los abuelos con la administración, que se materializaba en una negativa a informar sobre hechos como el abandono del hogar con la menor de la madre. Esto, a ojos del tribunal atentaba contra el bienestar de los propios menores, al no tener los abuelos una conciencia adecuada del riesgo que esos actos le suponían a la menor. En cierto modo estos últimos hechos podrían ser tomados en consideración por los tribunales a ojos de dictar sus sentencias denegatorias del amparo, dado que podría llegarse a considerar como contrario al interés del menor vivir con sus abuelos si estos no han mostrado una voluntad de acabar con la situación de desamparo. Sin embargo, también es posible superar esta idea si se tiene en cuenta que la madre, quien era el principal motivo de la falta de colaboración de los abuelos, se encuentra fallecida.

Así, como respuesta a lo anterior, la familia inició un procedimiento de apelación, que fue desestimado tras la muerte de doña H.A.O.M., la razón alegada fue la falta de legitimación activa. Esta decisión también fue recurrida y el recurso fue desestimado. Posteriormente, contra la resolución administrativa que denegó el acogimiento del menor I.O.S., por los abuelos, se siguió el procedimiento de medidas de protección de menores núm. 1328-2019, que no llegó a celebrarse dada la aprobación de la adopción del menor por una tercera parte. Por lo tanto, el último proceso a mencionar es el procedimiento de adopción 685-2020. En este proceso, la dirección general de familias y protección de menores formula una propuesta de adopción del menor. Ésta es admitida a trámite y prestan consentimiento los adoptantes y el progenitor del menor. Esto dio lugar a un escrito presentado por la representación de la familia del menor en el que solicitaban la nulidad del proceso, entre otras cosas por no haberles informado ni solicitado su participación en ningún momento. Este incidente de nulidad fue desestimado, lo que dio lugar a la presentación de una demanda de amparo por los abuelos ante el Tribunal Constitucional.

II. La Tutela judicial efectiva de los abuelos

Según los propios demandantes de amparo, tal y como redactan en su demanda presen-

tada ante el Tribunal Constitucional, a lo largo de los distintos procedimientos que venían dándose previamente podía discernirse una clara violación de su derecho a la tutela judicial efectiva. En este caso, concretan (pese a no desarrollarlo en ningún momento) que las manifestaciones de este derecho que consideran vulneradas en su caso son el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y como manifestación de un juicio justo. Es por ello que es un punto de vista importante para abordar el caso y analizar los sucesos sin entrar a valorar el interés superior del menor.

1. La tutela judicial efectiva, ¿Qué es?, ¿Se puede considerar vulnerada en este caso?.

Para empezar a hablar de este derecho cabe recordar que este derecho se encuentra en el catálogo de derechos fundamentales recogidos en la Constitución Española. Estos derechos los define Bilbao Ubillos (2018) como aquellos que se diferencian de otros derechos subjetivos jurídicamente reconocidos porque se consagran en la propia Constitución, vinculan a todos los poderes públicos, incluido el legislativo, de una forma especialmente intensa (más allá del genérico deber de «sujeción» a todas las normas constitucionales que impone el artículo 9.1 CE) y gozan de una tutela jurisdiccional reforzada. Son, en resumidas cuentas, una subespecie de derechos subjetivos a los que se otorga un mayor valor y una mayor protección.

Dentro de sus alegaciones, los abuelos señalan como vulnerado su derecho al juez predeterminado por la ley y el derecho a un juicio justo. Los artículos que mencionan y contienen estos derechos son los artículos 24.1 y 2 CE, que dicen lo siguiente: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.”

A priori, este derecho parece dividirse por un lado en el derecho de acceso a los tribunales, que en este caso sería interesante considerar dado que “tiene como objetivo elevar a la categoría de derecho fundamental una exigencia inherente a la idea de Estado de derecho, a saber: que todos los derechos e intereses legítimos –esto es, cualesquiera situaciones jurídicamente relevantes– puedan ser, llegado el caso, defendidos ante un genuino órgano judicial, de manera que no existan supuestos de denegación de justicia” (Díez Picazo, 2013).

A) Por lo tanto, en primer lugar, sería conveniente analizar si en el presente caso concurre un interés legítimo de los abuelos para desempeñar las diferentes acciones judiciales, al margen de lo que las leyes hayan concretado respecto a la legitimidad activa, que analizaremos más adelante. El diccionario panhispánico de la RAE lo define como “Condición que reúne la persona para ser parte en el proceso, consistente en tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos pueden tener respecto de la misma cuestión”. Sin embargo la doctrina al respecto es confusa y en ocasiones se ha llegado a entender que este interés debe apoyarse en la ley. Por

eso, apoyándonos en sentencias compiladas por Berta Martín Jiménez (2021), podemos decir que para que los tribunales estimen la existencia de un interés legítimo este debe tener una relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión y además con la estimación de las pretensiones deberá producirse un beneficio o se debe eliminar un perjuicio, los cuales deberán ser propios, reales, actuales o potenciales pero efectivos de quien recurre, basado en un interés económico, profesional, político o moral. Por lo tanto, y teniendo en cuenta que puede haber un beneficio indirecto cuando se coloca al recurrente en una posición más favorable al eliminar una actuación administrativa no ajustada a Derecho, y considerando las actuaciones de la administración desajustadas a Derecho por contravenir los procedimientos relativos a la protección del interés superior del menor, nos es posible concluir que hay serios indicios de la concurrencia de un interés legítimo en el caso.

B) En adición a lo anterior, nos podemos apoyar en que Díez Picazo (2013) nos señala que aquellos que acogen durante un periodo de tiempo indeterminado a un menor deben ser admitidos como parte, por poseer un interés legítimo, en el proceso de adopción (STC 124/2002), pues los abuelos estuvieron acogiendo a los menores durante un tiempo y encima la Madre les otorgó un poder especial sobre ellos. Más específicamente en el procedimiento de adopción dado que la resolución claramente no respeta las medidas establecidas en favor del menor como la especial argumentación que debe hacerse en las resoluciones que separan al menor de sus hermanos biológicos. Es por esto que podríamos encontrar aquí una posible infracción al derecho de tutela judicial efectiva.

C) Un apunte final que sería conveniente hacer a esta vertiente del derecho es la mención de la existencia del principio *pro actione*, que, entre otras cosas exige que aquellas personas cuyos derechos se puedan ver perjudicados puedan comparecer en el juicio con adaptaciones de la normativa procesal que conduzcan a que estos requisitos no obstaculicen el ejercicio del derecho.

Sin embargo, la tutela judicial también tiene que ser “efectiva”. Esto es una compleción del significado del derecho hecho por el Tribunal Constitucional, y exige que la tutela abarque el derecho a no sufrir la indefensión. La indefensión consiste en la privación de medios legítimos de defensa de la posición dentro del proceso. Por lo que se podría llegar a debatir si en la imposibilidad de participar en el proceso de adopción, o en el hecho de que en ningún momento se les notificase de este hay un cierto grado de indefensión. Después, la tutela exige que la resolución judicial sea debidamente justificada, lo cual tampoco se cumple dadas las exigencias por concurrir un supuesto posiblemente contrario al interés superior del menor. Estos son dos de los cinco rasgos establecidos en la jurisprudencia constitucional.

Por otro lado, la vertiente del derecho al juez predeterminado por la ley tiene una doble finalidad, en primer lugar evitar que la administración incida a conciencia en los resultados de un determinado proceso escogiendo al órgano judicial que ha de conocer el caso. En segundo lugar, teniendo bajo consideración el amplio margen interpretativo de las leyes es necesario que quienes se encarguen de interpretarlo sean personas certificadas por la administración, de este modo cumple también esta vertiente con la función de dar seguridad jurídica. Sin embargo, dada la muy reducida mención que se hace a esta vertiente y la existencia de pocos indicios que den lugar a entender que ninguna de estas dos situaciones se den en el caso no es posible realizar mayor desarrollo.

2. La legitimidad activa de los abuelos en los procedimientos previos

Al leer las diferentes argumentaciones que la administración y los juzgados arguyen en defensa de la controversial decisión, se puede ver que la mayoría del proceso se puede reducir a la denegación a los abuelos de participar en el proceso. ¿La razón?, los diferentes organismos optan por apoyarse en una supuesta falta de legitimación activa para que éstos ejerzan sus pretensiones. Esta facultad que no poseen, por tanto, les limita totalmente sus intereses en el caso y les impide ejercer una defensa adecuada de sus intereses sobre el menor en más de una ocasión a lo largo de la línea temporal que concluye en el recurso de Amparo. Es por eso, que en línea con el comentario a la institución de la tutela judicial efectiva sea necesario analizar si la base de todas las posibles violaciones al derecho de la tutela parten de una concepción errónea o acertada.

La legitimación activa, según el diccionario Panhispánico de la lengua española de la RAE, se puede definir como “la capacidad para actuar como parte demandante o recurrente en un proceso judicial, con base en la titularidad de un derecho o interés legítimo que se ostenta frente a la parte demandada o recurrida, respectivamente.” Este concepto suele ser a menudo comparado o confundido con el de capacidad de ser parte y capacidad de obrar procesal. Esta capacidad hace referencia a unas condiciones generales, abstractas que se han de cumplir para poder intervenir en cualquier proceso. En cambio, la legitimidad dicta las condiciones estrictamente necesarias para participar en un determinado proceso en atención a los derechos en juego. Procede también hacer una distinción entre la legitimación *Ad causam* y la *ad procesum*. Según la STS 659/2013: “La legitimación «ad causam» consiste en una posición o condición objetiva en conexión con la relación material objeto del pleito que determina una aptitud para actuar en el mismo como parte; se trata de una cualidad de la persona para hallarse en la posición que fundamenta jurídicamente el reconocimiento de la pretensión que se trata de ejercitar y exige una adecuación entre la titularidad jurídica afirmada (activa o pasiva) y el objeto jurídico pretendido.”. Por el otro lado, según Adan Domènech (2025), la legitimación *ad procesum* equivale a la capacidad procesal.

Entonces, ¿Cómo de cierto es que los abuelos no tenían, de ninguna forma, legitimidad activa para intervenir en los procedimientos? Para responder esta pregunta, es necesario primero hablar sobre los diferentes tipos de legitimidad activa. Según Monje (2008), encontramos dos tipos generales de legitimación, por un lado la legitimidad directa y por otro lado la legitimidad indirecta:

En primer lugar tenemos la legitimidad directa. Según el primer párrafo del artículo 10 de la LEC: “Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso.” Este artículo, nos habla de aquellos casos en los cuales quien ejerce un derecho es el titular del mismo, como ocurre en la mayoría de casos. Para analizar si los abuelos tenían este tipo de legitimidad, partimos de que en la sentencia se señala lo siguiente: “el auto núm. 311/2020, en el que se acordó la finalización del procedimiento por falta de legitimación activa de los abuelos para sostener la pretensión de la demanda interpuesta por la madre”. Además, “Estarán legitimados para formular oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores: los menores afectados por la resolución, los progenitores, tutores, acogedores y guardadores, siempre que tengan interés legítimo y directo, el Ministerio Fiscal y aquellas personas a las que expresamente la ley les reconozca tal legitimación. Aunque no fueran actores podrán personarse en cualquier momento en el procedimiento, sin

que se retrotraigan las actuaciones.” (Flors Maties, fecha desconocida). Por lo tanto, en el proceso no recae ninguna forma de legitimación directa sobre los abuelos, dado que oficialmente no son ni los tutores ni los acogedores de éstos.

El segundo párrafo del artículo 10 LEC señala, por otro lado, lo siguiente: “Se exceptúan los casos en que por ley se atribuye legitimación a persona distinta del titular”. Es decir, que hay casos donde un derecho (o una pretensión) pueden ser ejercidos por una persona diferente al titular original siempre que la ley así lo prevea, por causas que se suelen mover en un orden público, social, privado o responden simplemente a meras motivaciones de utilidad o conveniencia. Dentro de este tipo de legitimidad encontramos en primer lugar la menos común legitimación extraordinaria por interés público, ejercida por el ministerio fiscal por lo que a efectos de comentar la sentencia no nos interesa. Por el otro lado, encontramos la legitimación por sustitución, Rifá Soler (2010) indica que en el amplio grupo de casos donde se da esta legitimación ha de concurrir un “doble interés” que proviene de dos relaciones jurídicas conexas. Estas son la relación que se mantiene en el propio pleito y la relación que guarda el sustituto con el sustituido, que son respectivamente los intereses del sustituido y del sustituto. Añade lo siguiente: “Entre ambos existe una interdependencia, por cuanto la tutela del interés sustancial integrante del derecho del sustituido es presupuesto de la tutela del interés sustancial que constituye el derecho del sustituto.” (Rifá, Richard y Riaño, 2010). Dicho esto, los jueces podrían haber considerado que los abuelos podrían personarse en el proceso como sustitutos de la madre, que por encima de todo no tenía posibilidad física de defender sus derechos. Por último, tenemos la legitimación representativa, que de nuevo no nos supone de interés investigar al referirse a supuestos donde la posibilidad de ejercer el derecho de otra persona surge de una relación orgánica, como por ejemplo sería la reclamación de los honorarios debidos a los miembros de un determinado colegio profesional por parte del mismo órgano.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la legitimación, Monje (2008) nos presenta que la doctrina mayoritaria la considera como un presupuesto de fondo de la acción, es decir, que se relaciona con la estimación o no estimación de una demanda. Lo más importante que se deriva de esto es que, en el caso de desestimar una demanda por falta de legitimación habrá un efecto de cosa juzgada no limitándose por tanto a ser un efecto meramente procesal que deja sin juzgar la cuestión. Por otro lado, hay una doctrina más minoritaria que la considera como un presupuesto procesal.

Por lo que se refiere al tratamiento judicial de la legitimación, nos encontramos con que puede depender de la tesis aceptada por el tribunal en cuestión. Si el tribunal lo entiende como un presupuesto procesal, será el tribunal quien, de oficio, deberá examinar su falta en cualquier parte del proceso. La resolución que dicte a raíz de ello no tendrá efecto de cosa juzgada. Esta tesis permitiría, según la propia definición de efecto de cosa juzgada, que se volviesen a enjuiciar los mismos hechos al no haber recaído sentencia firme. Por el contrario, si el tribunal considera que estamos ante una cuestión de fondo no podrá ser apreciada de oficio y producirá efectos contrarios a los anteriormente mencionados. Ya entrando en materia y tocando la cuestión de como acreditar la existencia de legitimidad activa, se debe decir que no siempre se ha de demostrar su existencia. Es decir, en los supuestos más ordinarios que tratan cuestiones de derechos y obligaciones, existe una suerte de “presunción de legitimación”. Sin embargo, existen una serie de casos en los cuales la ley exige una acreditación de la legitimación para interponer la demanda. Los principales casos se ven enumerados en el artículo 266 LEC, y son el caso en el que

se pidan alimentos, en las demandas de retracto y en los casos de sucesión. Además en el listado hay una norma de cierre que incluye todos los casos previstos en otras leyes. La razón de la necesidad de determinar la legitimidad en la propia sentencia se explica en el auto de 25 de enero de 2006 de la sala de justicia del Tribunal de Cuentas que “[...] en el proceso civil [...] no está previsto un control previo de la falta de legitimación ordinaria en los supuestos normales porque la existencia del derecho o de la obligación y sus respectivas titularidades se encuentran indisolublemente unidos: negar “in limine litis” este requisitos significa negar la titularidad, y, en consecuencia, la existencia misma del derecho o de la obligación. El hecho de que la legitimación se ostente en la medida que es afirmada, de modo que solo por eso sirva para dar vida a un proceso y lograr una sentencia definitiva sobre el fondo, justifica que carezca de un tratamiento procesal específico y separado en la práctica totalidad de los casos.” La duda, sin embargo, se suscita en aquellas situaciones jurídicas respecto a la cual el ordenamiento señala legitimados y en los casos que tienen que estar previstos en la ley para que un tercero pueda ejercer una pretensión que no es propia. A estos efectos, la regulación vigente dificulta un tratamiento de la legitimación como presupuesto procesal, pese a que en estos casos este tratamiento evitaría tener que desenvolver casos enteros sobre pretensiones que están predestinadas a fracasar en su cometido. Algunos autores, arguyen en contra del examen in limine litis de la legitimación el artículo 403.1 LEC que dispone que las demandas solo se inadmitirán “en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley.”.

Por tanto, analizando los efectos que produce la carencia de la legitimidad, podemos señalar que en los casos en los que se exige la acreditación documental de la legitimación el resultado será la mera inadmisión de la demanda, con efecto únicamente procesal de modo que la misma cuestión se podrá volver a plantear ante un juez. Algunos autores, entre los que se encuentra el autor de la fuente principal de la información de esta parte del comentario, afirman que debería darse lugar a una cierta excepción judicial por la cual si se vuelve a plantear un proceso y se da el mismo problema debería admitirse el efecto de cosa juzgada. En el resto de casos, la relación que guarda la legitimación y la cuestión de fondo justificará que su falta se examine la sentencia que resuelve la cuestión, sin entrar a analizando y produciendo el efecto de cosa juzgada.

3. El proceso de Adopción, ¿Los abuelos tienen cabida en este proceso?

La actual regulación de esta institución es fruto de un largo precipitado histórico de modificaciones y sucesiones de leyes en los años posteriores a la transición. A las regulaciones anteriores se les achacaba una falta de control sobre las actuaciones que precedían a la adopción, lo que fallaba absolutamente en cumplir con el propósito de proteger a aquellos menores que se encontraban en situaciones familiares complicadas lo que daba lugar a un verdadero tráfico de menores en según qué ocasiones. También es muy interesante la crítica que se hizo a la rigidez de la regulación que en ocasiones impedía la realización de adopciones que podían ser objetivamente consideradas como deseables o incluso necesarias. Otros factores controversiales fueron la posibilidad indiscriminada de adopción de los mayores de edad y la pervivencia de la figura de la adopción simple. Esto derivó en la adopción del sistema actual para el proceso de adopción, creado con el objetivo de basar el procedimiento en dos valores fundamentales, configuración del mismo como un instrumento de integración familiar y la sobreposición del beneficio del adoptado a cualquier otro interés legítimo que pueda estar en juego. Más adelante repasaremos el significado y efectos de estos principios cuando expliquemos el funcionamiento de las medidas de protección a los menores.

El proceso de adopción, según Faus Pujol (2025) citando a la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 81/2008, lo podemos definir como “un proceso reglado que requiere unos presupuestos para su constitución con la finalidad de satisfacer no solo el interés de los que solicitan la creación de este vínculo de parentesco a formar su propia familia sino también, y sobre todo, el interés del menor que va a ser adoptado al objeto de evitar la reversión a una situación anterior que pudiera frustrar las expectativas de formación integral y afectividad del menor”. Esta definición es bastante completa y podemos advertir un elemento diferencial claro, mencionado también en el párrafo anterior y que en la propia sentencia se mencionan numerosas veces, y es el interés superior del menor al cual se pone a disposición el proceso para que sea protegido. Es decir, que a la hora de aplicar las medidas que aquí se prevén es necesario tener en cuenta que se aplicarán en atención al interés superior del menor. Otro rasgo que podemos ver en la sentencia es lo que en este fundamento de derecho se ha llamado “reversión a una situación anterior...” que se correspondería con la situación de desamparo que forzó en primera instancia el desenvolvimiento del proceso. Respecto a los caracteres esenciales de este proceso, podemos señalar que es un acto que requiere de una resolución judicial, el otro carácter es que a lugar a una relación de filiación entre el adoptante y el adoptado.

También nos es de interés señalar lo que el artículo 178 CC establece respecto a las relaciones con la familia original después de la adopción. El artículo dicta que a priori las relaciones con la familia se extinguen totalmente. Sin embargo hay dos excepciones, que son aquellos casos en que “el adoptado sea hijo del cónyuge o de la persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal, aunque el consorte o la pareja hubiera fallecido y cuando sólo uno de los progenitores haya sido legalmente determinado”, teniendo en cuenta los impedimentos matrimoniales, que son aquellos actos que impiden la celebración válida de un matrimonio. Por último, este artículo permite que se mantengan las relaciones por vía de un régimen de visitas o de contacto entre el menor, la familia de origen y la adoptiva de modo que se favorezca especialmente la convivencia entre hermanos biológicos (Como es el caso de la sentencia). Podrás solicitar la anulación de esas visitas única y exclusivamente la entidad pública, la familia adoptiva y el adoptado siempre que tuviese la madurez suficiente. Por su parte el artículo el artículo 180 CC proclama que la adopción es irrevocable, solo pudiéndose finalizar por una resolución judicial que la extinga solicitada a instancia de cualquiera de los progenitores que no hubiese podido intervenir en el procedimiento.

Dadas las características y desarrollo de los acontecimientos debemos hablar del asentimiento en el proceso de adopción. El diccionario Panhispánico nos habla del “procedimiento para determinar la necesidad de asentimiento en la adopción” señalando que es un procedimiento que tiene la función de salvaguardar los derechos de los padres biológicos. Determinará si los padres deben prestar su asentimiento en el caso en que no estén privados de la patria potestad del menor ni que estuviesen en vías judiciales de perderla, en tales casos la adopción procedería sin necesidad de su consentimiento. Cabe recalcar que la privación de la patria potestad no equivale a la suspensión de la patria potestad que en nuestro caso afectaba a la Madre. Otras cuestiones relevantes son que, según el AAP Cádiz 100/2010 el asentimiento gana su relevancia de que en este acto los padres están renunciando a la patria potestad de su hijo. Es por esto que la disconformidad de los progenitores supone un veto. Sin embargo, en nuestro caso la madre había fallecido, y la propia ley en el momento no establecía previsiones para una situación así. Por ello podemos concluir que, de acuerdo con los cauces estrictamente procesales esta

adopción era legítima.

III. Los procedimientos de protección al menor.

Hace ya más de 100 años, en el año 1924 se aprobaba en la extinta sociedad de naciones la declaración de Ginebra de derechos del Niño. Esta declaración supuso un avance enorme en materia de derechos del niño pues fue la primera declaración de gran relevancia al respecto. En dicho documento se proclamaban algunos derechos que a día de hoy podríamos considerar de carácter básico, pero que en la práctica, constituyeron las bases de lo que a futuro se convierte en un enorme y complejo sistema que pone de manifiesto la puesta a disposición del sistema jurídico al bienestar de los menores de edad. En España, nuestra Constitución menciona en el capítulo tercero del Título I la obligación de los Poderes Públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y dentro de ésta, con carácter singular, la de los menores. Además España suscribe una serie de tratados internacionales en los cuales se les concede a los menores derechos y protección, el más importante la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas. En general podemos decir que los derechos de los menores cuentan con un amplio aparato nacional e internacional que vela por su cumplimiento.

En la sentencia que nos atañe y que se comenta, estos derechos juegan un papel determinante en la decisión final del tribunal. Además esta sentencia se integra en una extensa jurisprudencia nacional e internacional que ponen de manifiesto la importancia de estos derechos y su prevalencia frente a ciertas normas. Haciendo una lectura rápida de los fundamentos jurídicos y de la argumentación del ministerio fiscal (Dado que ambas partes comparten buena parte de su argumentario) se puede detectar que buena parte de las malas praxis jurídicas en las que los jueces incurrir en los antecedentes de la sentencia provienen de la no consideración de los procedimientos especiales derivados de tratar con el interés de un menor y el de sus familiares. Por lo tanto, surge la necesidad de ahondar en la argumentación del tribunal y profundizar en las diferentes medidas que se exigen a fin de entender si estas medidas son necesarias y responden efectivamente al interés superior del menor.

En primer lugar y en línea con el brevemente mencionado principio pro actione derivado del derecho a la tutela judicial efectiva tenemos que el Tribunal Constitucional abre la fundamentación jurídica de su fallo señalando, entre otras cosas que “los poderes públicos deben procurar la satisfacción del interés del menor incluso si ello significa atemperar la rigidez de algunas normas procesales o sacrificar los legítimos intereses y perspectivas de terceros”. De este modo reafirma y refuerza especialmente su doctrina con respecto a los procesos que conciernen al derecho familiar que establece la flexibilización procesal (y el aumento de las facultades de los tribunales) con el fin de cumplir el estatuto jurídico del menor. Esta doctrina queda perfectamente resumida en la STS 437/2022: “Esta sala se ha hecho eco de la doctrina del Tribunal Constitucional en diversas sentencias, como la 308/2022, de 19 de abril, o la 705/2021, de 19 de octubre, que recuerda cómo “el principio del interés superior del menor debe inspirar y regir toda la actuación jurisdiccional que se desarrolla en los procesos de familia y que, por la prevalencia de este principio constitucional de tuición sobre las normas procesales, la tramitación de dichos procesos debe estar presidida por un criterio de flexibilidad procedimental (STC 65/2016, de 11 de abril , quedando ampliadas la facultades del juez en garantía del interés que ha de ser tutelado; STC 4/2001, de 15 de enero, FJ 4). Ello significa que, dada la extraordinaria importancia que reviste la materia, se debe ofrecer una amplia ocasión para realizar

alegaciones a quienes ostentan intereses legítimos en la decisión a tomar, así como para aportar documentos y todo tipo de justificaciones atendiendo a un menor rigor formal y a la exclusión de la preclusión, porque lo trascendental en ellos es su resultado (STC 187/1996, de 25 de noviembre, FJ 2), tal como resume recientemente la STC 178/2020, de 14 de diciembre, y esta sala ha venido reiterando hasta la saciedad". Por lo que podemos ver, la flexibilización planteada en nuestra sentencia está totalmente adecuada a la jurisprudencia. Esto es debido a que los abuelos, como definimos anteriormente, podían ser considerados como titulares de un interés legítimo y sin embargo no se les dio siquiera una sola oportunidad para formular alegaciones que fuesen debidamente atendidas. Además, el estatuto jurídico del menor anteriormente mencionado queda configurado como "una norma de orden público, de inexcusable observancia". Esto último engloba el funcionamiento de estas medidas, es decir, la especial protección que la Constitución dota a los menores hace que sus derechos actúen de facto como otros elementos más que forman parte del ius cogens, caracterizándolos como imperativos universales, lo que explica la especial necesidad de protegerlos.

Como consecuencia de lo anterior, entiende el propio Tribunal Constitucional que esa importancia extraordinaria de los derechos del menor (y de los demás derechos que se entienden perfilados en procesos como el de adopción) da lugar a la obligación de dar una amplia libertad a quienes ostente intereses legítimos de poder defenderlos. Por encima de todo esto, y en adición de la argumentación previa, la convención de los derechos del niño, reiterando la jurisprudencia del tribunal constitucional, señala inequívocamente que en cualquier procedimiento entablado con ocasión de la separación del niño de sus padres "se ofrecerá a todas las partes interesadas la posibilidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones". Aplicando estos principios en las acciones que dan lugar al recurso de amparo podemos ver que en ningún momento se menciona ninguna consideración a los intereses en juego de los abuelos, que quedaban evidenciados en el régimen de visitas que mantenían con el menor y la multitud de procesos judiciales en los que estaban envueltos en el momento con el objeto de hacerse con la custodia de los menores. Obviaron también los tribunales la postura de la madre biológica que quedaba manifestada con la atribución de un poder especial a los abuelos, que pese a quizás no ser un medio oficialmente reconocido por las leyes, podría entenderse como una fórmula mediante la cual la madre podía expresar que los abuelos tenían un interés legítimo, e incluso expresar su propia opinión en un caso que ya se estaba desarrollando mientras ella estaba viva. Y ni siquiera se valora cual puede ser el interés del menor en ninguno de los casos, lo que imposibilita que este sea defendido dado que es difícil defender una postura que se desconoce y por la que no se manifiesta ningún interés. En este sentido, la aplicación de medidas para la defensa de lo establecido en la convención de derechos del niño sería estrictamente necesario dado que el procedimiento previo se desarrolló mayoritariamente sin valorar los intereses.

Recordando el artículo 117 de la Constitución Española podemos señalar que la función del juez no es solo la de juzgar y aplicar lo juzgado sino que además puede tener más, que le serán atribuidas por la ley. Este último matiz tiene una enorme repercusión en casos como este donde hemos señalado que se encuentran en juego unos derechos que a palabras del tribunal exceden del ámbito privado y son elementos del ius cogens. Con el objetivo de proteger todos esos intereses, las facultades del juez son ampliadas, por lo que aumenta también el número de actuaciones que el juez deberá llevar a cabo de forma obligatoria. En este sentido, ninguno de los jueces en los supuestos iniciales da

muestras de extralimitarse de sus atribuciones por defecto con el objetivo de proteger el interés del menor o de la familia.

Por último, el Tribunal Constitucional concluye la fundamentación jurídica del fallo con el criterio de retorno del menor con su familia de origen. El artículo 2.2 C) de la ley orgánica de protección jurídica del menor dice lo siguiente: "Se priorizará la permanencia en su familia de origen y se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares, siempre que sea posible y positivo para el menor". Este es un criterio que, en general, también es obviado por los tribunales y la entidad pública al no ordenar ningún análisis sobre la concurrencia o no de las circunstancias que en primera instancia marcaron la existencia de una situación de desamparo. En cierto modo, este punto es quizás la clave para resolver el problema dado que si la autoridad competente hubiese decretado el fin de la situación de desamparo no habría sido posible dar inicio al procedimiento de adopción. Sin embargo, este criterio puede tener dos efectos diferentes, y el efecto que queda abordar es el contrario al anterior. Si en este caso hemos podido ver un desarrollo "positivo" de este criterio para los abuelos también puede ocurrir lo contrario. Como la STS 435/2024 nos muestra, el interés superior del menor puede conllevar el alejamiento del menor de la familia de origen si esta no cumple con los requisitos adecuados. En la sentencia podemos ver enumerados esos requisitos, que están recogidos en el art. 19 bis.3 LOPJM: "Para acordar el retorno del menor desamparado a su familia de origen será imprescindible que se haya comprobado una evolución positiva de la misma, objetivamente suficiente para restablecer la convivencia familiar, que se hayan mantenido los vínculos, que concurra el propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y que se constate que el retorno con ella no supone riesgos relevantes para el menor a través del correspondiente informe técnico. En los casos de acogimiento familiar, deberá ponderarse, en la toma de decisión sobre el retorno, el tiempo transcurrido y la integración en la familia de acogida y su entorno, así como el desarrollo de vínculos afectivos con la misma". Dado que los abuelos cumplen con todos estos requisitos la aplicación de este principio por el tribunal constitucional quedaría completamente justificada.

IV. Conclusiones

Como se expresa en el título de este comentario, a grandes rasgos esta sentencia nos viene a presentar de nuevo el conflicto que puede haber entre la protección legal del menor y otros elementos del derecho. En este sentido es una sentencia que se mantiene en línea con la jurisprudencia expresada previamente por este mismo tribunal y las conclusiones que se extraen son algunas ya conocidas pero de una gran importancia.

En esta línea podemos concluir que, en general, siempre que esté en juego el interés de un menor se deberán apartar los requisitos procesales. Es decir, si en un procedimiento regular los requisitos procesales gozan de un cierto nivel de flexibilidad, en el caso de procesos que incumban a menores debe flexibilizarse a un grado mayor como hemos podido ver. Esto no quiere decir que esos requisitos desaparezcan porque entonces su presencia en normas relativas a procesos en los que participan menores de edad sería del todo inútil. Es por eso que debemos considerar su existencia a fin de realizar una flexibilización útil. En nuestro caso se ha podido ver como la inclusión de los abuelos en el proceso por causa de la flexibilidad responden en todo caso al espíritu e intenciones de las normas que hemos podido repasar.

Fruto del presente análisis que se ha realizado de la sentencia, es posible llegar también

a la conclusión de que se puede reconocer que existe una cierta necesidad de reformar la legislación vigente al respecto a fin de incluir en la ley aquellas realidades familiares más diversas que se dan en situaciones como esta, en la que unas personas se ven privadas de cuidar de sus nietos siguiendo los deseos de la fallecida madre y manteniendo la situación en la que estos se encontraban, ya sin la presencia de un desamparo dada la muerte de la madre. También sería conveniente, a fin de poner a los progenitores en una situación más justa, formular una recomendación al legislador para regular los supuestos en los que uno de los progenitores ha fallecido prematuramente dando muestra evidente de sus deseos con respecto a los niños. Esta necesidad se deriva de la importancia que se le da a la figura de los progenitores y sus intereses en los procesos relativos a los menores.

Referencias bibliográficas

- Adan Domènech, F. (2025). *Práctico Procesal Civil*. <https://app.vlex.com/sources/6715> Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz 100/2010 (Audiencia Provincial de Cádiz 19 de julio de 2010). <http://vlex.es/vid/224514282>
- Auto N.º 2 del Tribunal de Cuentas (Tribunal de Cuentas español 25 de enero de 2006). [https://www.tcu.es/repositorio/f52428b1-8c26-4e26-a008-266a9283b21d/AUTO%202%20dictada%20por%20SALA%20DE%20JUSTICIA%20el%202006-01-25%20\(475\).html](https://www.tcu.es/repositorio/f52428b1-8c26-4e26-a008-266a9283b21d/AUTO%202%20dictada%20por%20SALA%20DE%20JUSTICIA%20el%202006-01-25%20(475).html)
- Bilbao Ubillos, J. M. (2018). Los derechos fundamentales en la Constitución Española. *Lecciones de derecho constitucional II*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Díez Picazo, L. (2013). *Sistema de derechos fundamentales*. Thomson Civitas.
- Faus Pujol, M. (2025). *Práctico Derecho de la familia*. <https://app.vlex.com/sources/13128>
- Flors Maties, J. (s.f.). *Procedimientos relacionados con la protección de menores*. Tirant lo Blanch. https://libreria.tirant.com/es/actualizaciones/Tema36_nuevo.pdf
- Martín Jiménez, B. (2021). La configuración de los intereses legítimos en la jurisprudencia actual: Contenido y categorías. *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 14.
- Monje, O. (2008). Las partes (II) La legitimación. *El proceso civil*. Dykinson.
- Rifá, J. M., Richard, M., & Riaño, I. (2010). Derecho procesal civil. Gobierno de Navarra. https://www.navarra.es/NR/rdonlyres/913EC53B-45CB-471D-9142-9B186D079240/305598/PL_10_vol1.pdf
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete 81/2008 (Audiencia Provincial de Albacete 9 de junio de 2008). <http://vlex.es/vid/201369059>
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 644/2020 (Audiencia Provincial de Murcia 9 de julio de 2020). <https://app.vlex.com/vid/850157422>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 124/2002 (Tribunal Constitucional español 20 de mayo de 2002). <https://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/4660>
- Sentencia del Tribunal Supremo 659/2013 (Tribunal Supremo español 19 de febrero de 2014). <http://vlex.es/vid/500207906>
- Sentencia del Tribunal Supremo 437/2022 (Tribunal Supremo español 31 de mayo de 2022). <http://vlex.es/vid/906558805>
- Sentencia del Tribunal Supremo 435/2024 (Tribunal Supremo español 2 de abril de 2024). https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1245213

Cuando nacer en una familia monoparental marca la diferencia: una mirada constitucional al permiso por nacimiento

When Being Born into a Single-Parent Family Makes the Difference: A Constitutional Perspective on Parental Leave

Martina Rodríguez Obón¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)62](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)62)

Comentario a
Sentencia n.º 140/2024
Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En la STC 140/2024, el Tribunal Constitucional español (en adelante, TC) examina el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (LET) en relación con el artículo 177 de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), por la redacción dada por el Real Decreto Ley N° 6/2019, del 1 de marzo. Esta normativa preveía la prestación y permiso por nacimiento de un hijo, que otorgaba dieciséis semanas a cada progenitor, como un derecho individual e intransferible. Estas leyes no preveían un régimen especial para las familias monoparentales, lo que generaba un trato desigual dado que estas podían disfrutar de menos tiempo que las familias biparentales. El TC concluye que esta diferencia genera una discriminación por razón de nacimiento que afecta al interés superior del menor, lo que supone una vulneración a los artículos 14 y 39 de la Constitución. Razonan que las necesidades de atención y cuidado los recién nacidos no dependen de su modelo familiar, y los argumentos del legislador no son proporcionales ni suficientes para justificar la diferencia de trato. Por consiguiente, el Tribunal declara la norma inconstitucional, pero no lo anula, sino que dispone la acumulación de las diez semanas no obligatorias correspondientes al otro progenitor, hasta que el legislador proceda a subsanar la vulneración.

¹ Estudiante del doble grado en Derecho y Administración de Empresas en la Universidad Autónoma de Madrid. Mail: martinarodriguezobon1@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-0240-7911>

ABSTRACT

In Judgment 140/2024, the Spanish Constitutional Court examines Article 48.4 of the Workers' Statute (LET) in relation to Article 177 of the General Social Security Law (LGSS), as amended by Royal Decree-Law 6/2019 of March 1. This legislation established a benefit and leave for the birth of a child, granting sixteen weeks to each parent as an individual and non-transferable right. However, it did not provide a special regime for single-parent families, resulting in unequal treatment, as these families could enjoy less time than two-parent families. The Constitutional Court concludes that this difference constitutes discrimination on the grounds of birth, affecting the best interests of the child, and therefore violates Articles 14 and 39 of the Spanish Constitution. The Court reasoned that the care and attention needs of newborns do not depend on their family model, and that the legislator's arguments were neither proportionate nor sufficient to justify the unequal treatment. Consequently, the Court declares the provision unconstitutional but does not annul it; instead, it orders the accumulation of the ten non-mandatory weeks corresponding to the other parent, until the legislator remedies the violation.

PALABRAS CLAVE: Tribunal Constitucional español; familias monoparentales; Seguridad Social; discriminación por nacimiento; Real Decreto ley 6/2019.

KEYWORDS: Spanish Constitutional Court; single-parent families; Social security; discrimination by birth; Royal-Decree law 6/2019

I. Introducción

En España, se entiende por familia monoparental a aquel “modelo familiar como la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia” (apartado 1 art. 185, texto refundido de la Ley general de la SS, RDL 1/1994, de 20 de junio).

Hace no mucho tiempo, la sociedad se componía en su mayoría de familias biparentales, en donde el reparto de roles dependía en si eras madre o padre. Las madres eran las encargadas del cuidado y atención de los hijos, ancianos y enfermos, mientras que la función del padre era la economía de la casa (Almudena Moreno Mínguez, 2000:40). Sin embargo, en torno a la segunda mitad del S. XX se produce un incremento de mujeres trabajadoras, y en 1966 se reconoce a la maternidad como una situación protegida dentro de la incapacidad laboral transitoria, en la que se otorga una prestación económica para las mujeres trabajadoras durante su periodo de suspensión de actividad por motivo de parto (Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social).

Sin embargo, no fue hasta 2007 cuando se le reconoce al padre el derecho a la suspensión del contrato laboral y prestación por razón de nacimiento de un hijo (LO 3/2007, de 22 de marzo). Incluso, siendo recién reconocido internacionalmente con la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, cuando la UE establece el permiso de paternidad: “los padres deben acogerse a dicho permiso en torno al momento del nacimiento de un hijo y debe estar claramente vinculado al nacimiento con el fin de prestarle asistencia”, con el objetivo de incentivar la corresponsabilidad entre hombres y mujeres. Además, en esta Directiva de la UE, reconocen

que la mayoría de los padres no hacen uso de su permiso parental. Como consecuencia de esta despareja, se acentuaban los estereotipos marcados en la sociedad entre los hombres y las mujeres.

Sin embargo, España ha sido uno de los países pioneros en esta materia. Se ha observado la preocupación de las distintas instituciones españolas para incentivar la corresponsabilidad familiar y la igualdad de oportunidades en el ámbito laboral entre hombres y mujeres, a raíz de lo cual surgen políticas y medidas de conciliación laboral de la Seguridad Social (Bogoni, 2023).

Nos encontramos cada vez más ante una sociedad en la que hay más familias monoparentales, lo que conlleva un incremento de su presencia en el entorno político ya que suscita varias problemáticas sociales. Esto se ve reflejado en el hecho de que las personas que forman parte de una familia monoparental tienen un riesgo de pobreza del 45,5 % (que es más del doble de la tasa media de los hogares españoles y 21,9 puntos porcentuales superior a la que soportan las familias biparentales con uno o más niños). Además, la gran mayoría de las familias monoparentales están formadas por una mujer siendo el 81,9 % de la totalidad (EAPN-ES, 2023). Por consiguiente, se ha incrementado el foco en la regulación de asuntos que afectan a las familias monoparentales, entre ellos en el ámbito laboral, lo cual ha provocado varios debates sobre su necesidad, eficacia, y consecuencias.

II. Hechos previos

Han suscitado varias demandas por parte de las familias monoparentales contra la Seguridad Social (en adelante, SS), con el objetivo de que se les conceda una ampliación del permiso y prestación por nacimiento y cuidado de menor para poder disfrutar del mismo tiempo que tienen en total las familias biparentales. Por ello, los órganos judiciales se han visto enfrentados al análisis del art. 48.4 LET en relación con el art. 177 LGSS, donde se regula el permiso y prestación por nacimiento y cuidado de menor. En estas normas, no había referencia específica sobre como regular este permiso para el caso de las familias monoparentales, causando una irregularidad en los fallos de los diversos tribunales en si era posible establecer una acumulación para las familias monoparentales, lo que conllevó a un recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del TS, por el que se establece la interpretación literal de la norma y rechaza la acumulación del permiso y prestación. Esto termina culminando en 2023, cuando la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña presenta ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad.

1. Instancias previas

Los hechos de la Sentencia a comentar comienzan a raíz de una petición por parte de una madre de una familia monoparental, hacia el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) para que se le reconozca una ampliación del permiso y prestación por nacimiento y cuidado de menor a 32 semanas (que ya previamente se le había reconocido las 16 semanas), mediante la concesión del tiempo que le correspondería al progenitor distinto a la gestante, para así poder disfrutar del tiempo que tendría en total una familia biparental. Sin embargo, el INSS le deniega esta solicitud, argumentando que la mujer no se encuentra en una situación que justifique tal extensión. Como respuesta, la mujer interpone una reclamación administrativa previa, y tras ser denegada, establece una demanda ante el Juzgado de lo Social en Barcelona.

Este Juzgado se apoya de jurisprudencia previa del Tribunal Superior de Justicia, y en la consideración de que, al no reconocer el mismo tiempo para ambos modelos familiares, no solo se está perjudicando a los hijos nacidos en familias monoparentales, sino que también se produce una discriminación por razón de sexo ya que la mayoría de este tipo de familias están compuestas por mujeres. Por lo tanto, estima totalmente la demanda, permitiéndole tener una ampliación y condenando al INSS y TGSS.

Como respuesta, el representante del INSS y de la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), interpone un recurso de suplicación, al entender que los razonamientos por el cual el órgano judicial había estimado la demanda realmente son fundamento para una cuestión de inconstitucionalidad, ya que debe ser el TC quien interprete si se produce una vulneración del art. 14 CE.

Como resultado, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, presenta ante el TC una cuestión de inconstitucionalidad. El TC delimita el análisis al artículo 48.4 LET en relación con el artículo 177 LGSS, por la redacción dada por el Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación, que pueden ser causa de una vulneración del art. 14 y 39 CE.

III. Problema jurídico principal

La pobreza ha sido objeto de debate al aumentar la preocupación por la desigualdad económica en el mundo, potenciado entre varios otros elementos por la Agenda 2030. La discusión sobre la desigualdad se analiza hoy desde una perspectiva económica y social, tomando protagonismo las familias monoparentales (especialmente las monomarentales), siendo que tienen un mayor riesgo de pobreza. Estas cobran especial importancia debido a la dificultad con la que se enfrentan los hijos de estas familias para transformar su estilo de vida, debido a que se ven sujetos a las elecciones de sus padres.

Por otra parte, los permisos de paternidad y maternidad han sido gran parte del foco del debate para la consecución de la igualdad entre las mujeres y los hombres no solo en el ámbito de oportunidades laborales, sino también de la corresponsabilidad entre los progenitores en las familias. En consecuencia, ha habido muchas disputas acerca de su regulación.

En España, se observa una tendencia progresiva hacia la equiparación del tiempo que pueden llegar a disfrutar ambos progenitores, siendo el Real Decreto 6/2019, de 1 de marzo, el exponente principal de esto.

En primer lugar, esta regulación se destaca por el intento de adaptarse a los nuevos modelos familiares al cambiar la forma de referirse a las partes ahora como “madre biológica” y a la otra parte como “progenitor distinto a la madre biológica”. También ponen el foco sobre el interés del menor, al cambiar la forma de referirse a la prestación de maternidad y paternidad por prestación por nacimiento y cuidado de menor.

Pero, sobre todo, la relevancia fundamental de esta ley radica en la equiparación total de la regulación para hombres y mujeres en materia de la suspensión del contrato y prestación con razón de nacimiento de un hijo. Esto persigue el objetivo de conseguir una igualdad efectiva y real entre ambos sexos, mediante la conciliación de la vida laboral y familiar, y así incentivar la corresponsabilidad en la familia, lo que conlleva a una

igualación de trato y oportunidades. Además, debemos destacar que el TC ha afirmado en previas sentencias (STC 153/2021, 13 de septiembre) que en toda norma que tiene como objetivo la conciliación familiar y laboral, los primeros beneficiarios serán los hijos. Mediante el Real Decreto ley 6/2019, de 1 de marzo, se reconoce este permiso como un derecho individual, personal e intransferible de ambos progenitores, con una duración de 16 semanas, siendo las 6 primeras obligatorias e ininterrumpidas (art. 48.4 LET). En consecuencia, la interpretación literal de esta ley no permite a las familias monoparentales tener el mismo tiempo para cuidar al menor que una familia biparental ya que solo podrían tener 16 semanas totales (contra las 32 semanas que tienen las familias biparentales). Además, regula el cómputo de tiempo para casos particulares. Sin embargo, no hace mención alguna sobre una regulación específica para las familias monoparentales, en la que la carga total de la familia recae sobre una sola persona.

Por su parte, el art 177 LET, establece que las situaciones en las que se concede la prestación por nacimiento y cuidado de menor son: el nacimiento, adopción y guarda con fines de adopción y acogimiento familiar.

Por lo tanto, se observa que en ninguna de estas situaciones se hace alusión a un régimen especial para las familias monoparentales, sino que se les limita a solo la mitad de lo que tendría una familia biparental.

Es especialmente importante en el análisis de este Tribunal la evaluación de la relevancia y el principal objeto del permiso y prestación por cuidado de menor: su uso como herramienta de protección para el cuidado y atención del recién nacido por parte de sus progenitores trabajadores. Para poder afrontar a los problemas de exclusión social y pobreza que están especialmente presentes en las familias monoparentales, resulta de gran efectividad las políticas de conciliación tal como este permiso. Esta sirve como una herramienta de gran importancia, dado que vela por el interés superior del menor, al permitir que los adultos puedan prestarles el cuidado necesario sin perder su empleo (Niño Bravo, 2019)

Por ende, si un recién nacido de una familia monoparental recibe menor tiempo de cuidado por parte de sus progenitores, supone que esta herramienta no sirve de igual protección para los menores de familias monoparentales, y por lo tanto, se genera una discriminación por razón de nacimiento.

Como consecuencia, el TC defiende que estamos ante una situación de discriminación por diferencia de trato por razón de nacimiento, ya que los hijos nacidos en familias monoparentales tendrán un tiempo de cuidado y atención menor que aquellos de una familia biparental. Por lo tanto, vulnera los arts. 14 CE (igualdad y no discriminación), 39 CE (protección de familia y menores) y 10.2 CE (vulneraciones de textos internacionales como la Convención sobre los derechos del niño al vulnerar el interés superior del menor y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación de las mujeres y la Carta Social Europea).

IV. Motivación y fallo del TC

1. Diferencia de trato y principio de igualdad

La doctrina constitucional indica que no toda norma que genere una diferencia de trato

vulnera automáticamente el principio de no discriminación, es decir, no es necesario que todas las normas sean iguales y que traten a todos de la misma forma. No obstante, exige que la diferencia de trato sea razonada y objetiva.

Como establece la doctrina del propio Tribunal, la igualdad supone que se trate de forma igual a los iguales, y desigual a los desiguales. En consecuencia, los juicios acerca de si una norma vulnera la igualdad, debe partir de supuestos idóneamente iguales y equiparables de forma objetiva. Cuando esto sea así, se podrá analizar desde un punto de vista constitucional si las diferencias de trato que supone las normas están suficientemente justificadas o no.

A. Equiparación de las situaciones monoparentales y biparentales

En primer lugar, el TC afirma que las situaciones en las que se concede este permiso y prestación a las familias biparentales y monoparentales son sustancialmente iguales. Argumentan que esto se debe a que es una herramienta cuyo objetivo es facilitar la conciliación laboral y familiar, y como consecuencia, protege también el interés superior de niños. Se destaca que los niños al nacer tienen las mismas necesidades y requisitos de atención que no dependen del tipo de familia en la que han nacido, sino en sus necesidades humanas y biológicas.

Por otro lado, razona que uno de los objetivos principales por los cuales se atribuye el permiso y prestación a la otra figura que no sea la madre gestante es para asegurar el cumplimiento del art. 68 CC, en el que se menciona como uno de los deberes entre los cónyuges, la atención y cuidado de los hijos. Sin embargo, no cabe justificar el trato diferente que se produce hacia los hijos de las familias monoparentales en la falta de presencia de la otra figura paterna, siendo este un factor que está fuera del control de los hijos. Incluso, en textos internacionales fundamentales como son la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño en su art.2 y el Convenio Europeo de derechos humanos (art. 14, art 1. Protocolo núm 12) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se prohíbe la discriminación de los niños por razón de nacimiento, circunstancias y condiciones en las que se encuentren sus progenitores e influyeron su nacimiento.

Asimismo, la doctrina constitucional también establece que las diferencias de trato basadas en los motivos de discriminación que se mencionan ex constitución, entre ellas la discriminación por razón de sexo, serán en principio injustificables. Solo se admitirá si se demuestra de forma rigurosa que tiene un fin legítimo, proporcionado y razonable. En todo caso, quien lo tiene que justificar es el legislador.

B. Evaluación de la justificación legislativa

A luz de esto, el TC analiza los fines que se basó el legislador al redactar el art. 48.4 LET y 177 LGSS, para ver si se extraen de ellos la justificación necesaria para admitir esta diferencia de trato. Estas son: la corresponsabilidad, conciliación laboral y familiar, y la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres.

Por un lado, el Tribunal destaca que la corresponsabilidad no puede ser motivo para justificar la diferencia de trato dado que, en las familias monoparentales, no hay una corresponsabilidad posible debido a que solo es un progenitor quien se hace cargo del menor. Tampoco puede justificarse en la conciliación de la vida familiar y laboral ya que las familias tienen la misma voluntad y necesidad de que se facilite esta con-

ciliación, sin importar su modelo familiar. Finalmente, se valora como puede afectar la ampliación a la igualdad de trato y oportunidades entre mujeres y hombres, dado que se podría pensar que esto genera un retroceso y producir que las empresas se abstengan de contratar a mujeres. Pero, para que la posible pertenencia a un modelo de familia monoparental afecte a las oportunidades de trabajo, requiere que un empleado indague en la vida íntima de las personas, lo cual está prohibido por el art. 18 CE.

Por ende, el TC considera que motivos citados por el legislador no resultan ni razonables ni suficientes como para justificar la diferencia de trato que generan estas normas para los hijos de familias monoparentales.

Si bien es cierto que el Estado tiene un amplio margen para configurar las prestaciones de la SS, siendo esta una de las herramientas que se utilizan en el Estado de bienestar para atender a las necesidades socioeconómicas del país, siempre debe hacerlo teniendo en mente los derechos y principios establecidos en la Constitución. Al regular en la SS el permiso y prestación por nacimiento y cuidado de menor, constituye un instrumento para la protección de la familia y el interés de los hijos, lo cual se fundamenta en el art. 39 CE. Sin embargo, a vista del Tribunal, ignoró el principio de igualdad y no discriminación (art. 14 CE) al omitir una regulación para las familias monoparentales.

2. Conclusión del TC

El TC por tanto concluye que no se logra superar el canon de razonabilidad y proporcionalidad, y en consecuencia las normas son inconstitucionales al vulnerar el art. 14 CE en relación con el art. 39 CE, ya que no prevén la ampliación para las familias monoparentales en la prestación y permiso nacimiento y cuidado de menor, causado ex silentio una discriminación por nacimiento a los menores nacidos en este tipo de modelo familiar. Sin embargo, las normas a pesar de ser inconstitucionales no son anulables dado que esto causaría una laguna legal mayor.

A raíz de esta inconstitucionalidad, el TC insta al legislador modificar la normativa para que repare las vulneraciones del art. 14 y 39 CE, y considera necesario que hasta que se realice esta reforma legal establecer una interpretación de las normas de tal manera que las familias monoparentales puedan sumarse las diez semanas no obligatorias que se le concederían al otro progenitor en las familias biparentales (teniendo así un total de 26 semanas).

V. Votos particulares: discrepancia con el fallo de la sentencia

Esta sentencia cuenta con dos votos particulares, por cuanto no había unanimidad en la decisión tomada por el Tribunal. En tal sentido, los votos particulares manifiestan que el análisis fue hecho de forma errónea, así como también la idea de que el Tribunal traspasó sus límites asumiendo un carácter de legislador positivo.

1. Voto particular del Magistrado Sáez Valcárcel

En primer lugar, el Magistrado Sáez Valcárcel considera que no procedía hacer una *tertium comparationis*, en vista de que las situaciones no son sustancialmente iguales, por lo que no se podrían comprar jurídicamente. Argumenta que para establecer que dos situaciones son homogéneas, se debe “partir de la valoración de sus elementos comunes

y disímiles, así como de la importancia relativa de cada uno de ellos a la luz del objeto normativo y de la finalidad de la regulación enjuiciada”.

El TC toma como fundamento que la función del permiso es ser una herramienta de protección de los hijos y de su madre o padre trabajador, sin embargo, este punto de partida es erróneo. Según su criterio los arts. 48.4 LET y 177 LGSS no son derechos del hijo sino del trabajador, pues son estas leyes que les reconoce un derecho individual e intransferible a la suspensión del contrato de trabajo y a una prestación dada por la SS, siempre que se cumplan determinados requisitos (estar dado de alta, nivel de cotización, ...). Es decir, se basan en criterios laborales no familiares ni del hijo para establecer la concesión al trabajador.

Por lo tanto, no puede ser considerada un mecanismo de protección del menor, dado que no es un derecho de este, sino que es un derecho que protege a la situación laboral de un trabajador en caso de que tenga un hijo. Siendo esto así, es cierto que la forma que se regula lleva consigo beneficios indirectos para el menor, sin embargo, la finalidad real que se persigue es conseguir una igualdad, en el ámbito laboral entre los hombres y las mujeres, proteger el derecho de trabajo, la salud de la madre, y fomentar la corresponsabilidad familiar entre los cónyuges.

Por lo tanto, el Magistrado da la razón a la sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del TS núm. 169/2023, por lo que el TC no se tendría que haber centrado tanto en el lado de la protección del hijo como el elemento decisivo, sino también debería haber considerado la decisión del legislador el cual tiene la función de asignar los recursos del Estado para las necesidades del país. Destaca que el propio TC en el pasado como en la STC 184/1993, de 31 de mayo, FJ 6, establece que a pesar de querer fomentar las regulaciones para que sean favorables para los colectivos sociales vulnerables, “no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”.

2. Voto particular de los magistrados Enrique Arnaldo y Concepción Espejel Jorquera

Por otra parte, el magistrado Enrique Arnaldo Alcubilla y la magistrada Concepción Espejel Jorquera, si concuerdan con el fallo de la sentencia, pero discrepan con el alcance de este al establecer como deben interpretarse las normas hasta que el legislador repare las vulneraciones. De tal forma, ambos magistrados consideran que el TC no solo está asumiendo una función de legislador, sino que también limita la libertad de configuración del legislador a pesar de que en el FJ 7 de dicha sentencia, establezca que el legislador cuente con total libertad para regularlo.

El TC se debe limitar a ejercer sus competencias, que es concluir si una ley es conforme o no a la Constitución y declarar que la norma es nula o requerir al legislador que modifique la legislación. Incluso, puede establecer un plazo de tiempo determinado para exigir al legislador que realice el cambio. Sin embargo, en esta situación, el TC al establecer en su fallo el alcance de cómo se debe seguir hasta que se establezca por el legislador, estaría reconstruyendo una norma que no está en un texto legal, lo que supone que está asumiendo funciones de legislador positivo. En consecuencia, esto pone en peligro el sistema de separación de poderes y el sistema de frenos y contrapesos, ambos sistemas diseñados con el objetivo de evitar una concentración de poderes y asegurar la protec-

ción de los derechos y libertades. Va en contra de los artículos de la Constitución que establecen la función legislativa corresponde a las Cortes Generales (66.2, 97 y 117 CE). Incluso lesiona al sistema económico de la SS.

Por lo tanto, debe ser el poder legislativo quien establezca el alcance e intensidad que decida establecer para regular como se debe tratar el permiso y prestación en el caso de las familias monoparentales, teniendo en cuenta la situación socioeconómica y los recursos limitados de la SS.

A. Concordancia con la Sala de lo Social del Tribunal Supremo

Esto concuerda con el fallo de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en su Sentencia 169/2023, de 2 de marzo, que conoce el asunto mediante un recurso de casación para la unificación de doctrina. Este Tribunal considera que el art. 48.4 LET en relación con el art. 177 LGSS, no vulnera a la igualdad, ni produce un trato discriminatorio hacia los hijos de familias monoparentales, ya que la comparación debe realizarse con familias biparentales. Además, su regulación corresponde al legislativo, por libertad propia y atendiendo a las necesidades de la sociedad. Por lo tanto, en su fallo, establece una interpretación literal y estricta.

Destacan que la omisión de la acumulación de los permisos para las familias monoparentales no fue accidental ni por un olvido, lo que se demuestra por su presencia en preceptos como el 48.6 LET. Es al Congreso a quien corresponde organizar el sistema de protección si considerasen que es un grupo que se encuentra en una situación de necesidad. Además, no les es obligatorio tenerles en cuenta de tal forma dado que no hay tampoco ninguna normativa constitucional ni internacional que les obligue a considerar a las familias monoparentales, si bien la UE solo anima a los Estados miembros valorar la adecuación del permiso con este modelo familiar.

También concuerdan que los órganos judiciales al reconocer la ampliación están creando una nueva norma, y por lo tanto excediéndose de sus límites constitucionalmente establecidos. Esto se debe a que no están interpretando una norma preexistente, sino que creando una nueva.

3. Posición de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo

A diferencia con la Sala de lo Social del TS, la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS en su sentencia 4948/2024, encuentra similitud en la decisión del TC al reconocer el derecho de las familias monoparentales a extender su permiso a 26 semanas, con el objetivo de evitar una discriminación hacia los hijos de este tipo de modelo familiar.

El fallo de esta sentencia, al igual que la sentencia del TC, consideran el interés superior del menor como el fundamento primordial en la concesión del permiso y prestación y por lo tanto, el tipo de familia en el que nace el menor no debe ser causa de un trato diferente respecto a aquellos que nacen en una familia biparental. Es decir, consideran que si se interpretaba la ley de forma literal, se daba lugar a una discriminación por razón de nacimiento causado por la diferencia de tiempo y atención que podrán recibir por parte de su padre o madre trabajador, siendo que no hay ninguna justificación razonable que explique la validez de la diferencia de trato. Por lo tanto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del TS adopta una interpretación finalista en su fallo.

Conclusiones

Este Tribunal se centra en diversos aspectos que destacan la importancia de equiparar las regulaciones dirigidas hacia las familias biparentales con las monoparentales, especialmente en aspectos de prestaciones y permisos.

En primer lugar, razona que la situación de una familia biparental y monoparental son equiparables. Por un lado, destaca que las necesidades de cualquier recién nacido son las mismas sin importar el modelo familiar al que pertenecen. Por otra parte, después de un exhaustivo análisis sobre la evolución y equiparación de los permisos de paternidad y maternidad, sostiene que la finalidad detrás de esta norma es conseguir fomentar la corresponsabilidad familiar y la igualdad entre ambos géneros en el empleo. A esta finalidad añade también que el uso de este permiso también va encaminado a asegurar que se cubran las necesidades de atención y cuidado del menor.

En segundo lugar, a través de esta doctrina se hace patente que el Tribunal en esta materia estima primordial y esencial la consideración del interés superior del menor. Es tanto así, que adhieren un nuevo sentido al derecho de los trabajadores de obtener una prestación y permiso por razón de nacimiento de un hijo (como son el art. 148.4 y el art. 177 LGSS): la consideración de que prima este derecho como un instrumento para la protección del cuidado y atención del recién nacido. En consecuencia, parece ser que el TC tiene más en cuenta el efecto de este derecho sobre los hijos, que el fin de este permiso de ser una protección del trabajador para que mantenga su trabajo mientras que atienda a las necesidades familiares.

Por último, el TC considera que la aplicación literal de la ley genera una diferencia de trato dado que los hijos de familias monoparentales a pesar de tener las mismas necesidades tendrán un tiempo de cuidado menor que los hijos de familias biparentales. Por ende, vulnera el art. 14 CE al generar una discriminación por razón de nacimiento. Para añadir a su justificación, la sentencia destaca que la protección de la familia consolidada en el art. 39 CE, se extiende a todos los modelos familiares. Además, el legislador no consigue superar el canon de razonabilidad y proporcionalidad estricto, dado que las finalidades que cita para justificar la diferencia de trato (corresponsabilidad, conciliación vida familiar y laboral, igualdad de trato en el ámbito laboral) no son consideradas suficientes.

En mi opinión, es fundamental la implicación del TC para garantizar que la legislación no produzca un trato desigual a los niños nacidos en las familias monoparentales, de forma que todos los recién nacidos tengan el mismo cuidado por parte de sus progenitores para prevenir que este sea una razón para aumentar su riesgo de exclusión social y pobreza. A pesar de esto, es aún más crucial que prime en todo caso que el Tribunal se limite a sus funciones, siendo en el presente caso: examinar si las leyes son compatibles con la Constitución. Sólo de esta forma es posible garantizar uno de los elementos más esenciales en un Estado social y democrático de derecho, que es: la protección de la separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos. Por lo tanto, si bien se debe asegurar que no se vulneren los derechos fundamentales, considero que la ampliación del permiso y prestación por nacimiento de un hijo debe hacerse según la consideración propia del legislador.

En conclusión, a pesar de ser controvertida, la Sentencia 140/2024 marca la línea a seguir no solo en lo relativo a la regulación de permisos y prestación, sino también en lo que

respecta a la futura regulación sobre familias monoparentales, destacando su enfoque en el interés del menor.

Referencias Bibliográficas

- Bogoni, M. (2023). *Familias monoparentales y nueva Ley de Familias: el largo camino hacia el reconocimiento de sus derechos de conciliación*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Economía Social*, (155), 65–98. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9023120>
- EAPN-ES. (2023). *El estado de la pobreza. Seguimiento de los indicadores de la Agenda UE 2030 (2015-2022)* (12.º Informe). Disponible en: <https://www.eapn.es/estadodepobreza/ARCHIVO/documentos/informe-2022-compilado.pdf>
- García Gil, B. (2024). *Familias monoparentales y permiso por nacimiento y por cuidado de hijo o menor: oportunidad de los pronunciamientos de las dos Salas del Tribunal Supremo*. *LABOS. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 5(3), 126–158. <https://doi.org/10.20318/labos.2024.9123>
- Moreno Mínguez, A. (2000). *Las familias monoparentales en España*. *Revista Internacional de Sociología*, 58(26), 5–28. Disponible en: <https://revintsociologia.revistas.csic.es/index.php/revintsociologia/article/view/794/1006>
- Niño Bravo, E. (2024). *El largo y tortuoso camino jurisprudencial en torno a la acumulación del permiso por nacimiento y cuidados de las familias monoparentales*. *Lan Harremanak*, 52, 326–357. <https://doi.org/10.1387/lan-harremanak.27063>
- Santibáñez, R., Flores, N. y Martín, A. (2018). *Familia monomarental y riesgo de exclusión social*. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 1, 123–144. <https://doi.org/10.6018/iQual.307701>
- Tribunal Supremo. (2023). *Sentencia 169/2023, de 2 de marzo. Recurso de casación núm. 3144/2021*. Disponible en: <https://normacef.es/buscaResult/shDocumento.aspx?id=NSJ065041&tkId=5653f421-dc99-44df-b52a-fcc4fe643278&op=rtss>
- Unión Europea. (2019). *Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE*. *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 188, 79–93. Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2019/188/L00079-00093.pdf>

La vacunación infantil frente a la objeción parental, un análisis de la interpretación dada por el Tribunal Constitucional Español

Child vaccination against parental objection, an analysis of the interpretation given by Spain's Constitutional Court

Pablo Pérez Mosqueda¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)63](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)63)

Comentario a

Sentencia n.º 83/2024

Tribunal Constitucional Español (Sala Segunda)

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En la recientemente creada doctrina del Tribunal Constitucional en relación con las vacunas, una sentencia sirve de apoyo para asentar de forma definitiva la materia. Los magistrados se pronuncian sobre el dilema entre interés superior del menor y la decisión de los progenitores como representantes legales, estableciendo que el interés del menor impera sobre todos los demás factores en materia de vacunas, y que la representación parental no es ilimitada, reafirmando el canon de constitucionalidad creado por el tribunal en sentencias previas.

ABSTRACT

In the recently created doctrine by Spain's Constitutional Court regarding vaccination matters, a new ruling of the Constitutional Court serves as support to settle the subject entirely. The magistrates position themselves about the dilemma regarding the minor's superior interest and the parents' decision as legal representatives, establishing finally that the minor's interest is above every other factor regarding vaccines, and parental authority and legal representation is not unlimited, reaffirming the constitutional canon created by the court in previous rulings.

¹ Estudiante de segundo curso del doble grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas, Universidad Autónoma de Madrid (UAM).

Mail : perezmosqueda.pablo@gmail.com

NRO de ORCID : <https://orcid.org/0009-0002-9645-3567>

PALABRAS CLAVE: COVID-19; Interés Superior del Menor; Vacuna; Derecho a la Integridad Física; Patria Potestad.

KEYWORDS: COVID-19; Minor's superior interest; Vaccine; Right to Physical integrity; *Parens Patriae*.

I. Introducción

En la STC 83/2024, el Tribunal Constitucional aborda el conflicto suscitado por doña L.C.R, progenitora de un niño de 5 años, la cual discrepa con el padre del menor (don A.L.H), del que está divorciada, acerca de si el menor debe ser inmunizado contra el COVID-19 mediante la inoculación de la vacuna desarrollada por la farmacéutica Pfizer. Doña L.C.R alega en un recurso de amparo vulneraciones del derecho a la integridad física del menor recogido en el art. 15 de la Constitución Española (en adelante CE), debido a que los tribunales ordinarios dieron la razón al padre del menor, permitiendo que recibiese las dosis.

En esta sentencia, deliberada y votada el 3 de junio de 2024, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional resolvería acerca de las limitaciones de la representación de los progenitores en colisión con el interés superior del menor, y asentaría de forma definitiva jurisprudencia acerca de la vacunación de menores de edad, creada en la STC 148/2023.

II. Objeto y partes de la STC 83/2024.

El 31 de enero de 2023, el Tribunal Constitucional (en adelante TC) registró un escrito por el cuál, doña L.C.R interponía un recurso de amparo contra los autos de 17 de mayo del 2022 número 260-2021 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Piedrahita, y el auto de 26 de enero de 2023, dictado por la sección Primera de la Audiencia Provincial de Ávila en el rollo de apelación núm. 288-2022 que confirmaba dicho Auto.

1. Hechos en los que se fundamenta el recurso de amparo.

Doña L.C.R durante todos los procesos judiciales, discute acerca de la decisión judicial tomada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Piedrahita. Dicho tribunal recoge como hecho que don A.L.H presentó un escrito ante el mismo para solicitar una intervención judicial por un desacuerdo relativo al ejercicio de la patria potestad, que comparte con doña L.C.R sobre el hijo común de ambos, de 5 años. La progenitora, doña L.C.R, se oponía a que el menor recibiese la vacuna contra el COVID-19. Don A.L.H por el contrario, sí deseaba que su hijo recibiese dicha vacuna, dado que, según alegaba, el menor se vería beneficiado por la inoculación pautada por los profesionales, tanto por la recomendación sanitaria emitida por las autoridades competentes, como por los beneficios para la sociedad, y en aras de evitar la exclusión del menor en su ámbito social.

Doña L.C.R, sin embargo, alegó que la inyección de la vacuna no comportaría un beneficio para el menor. Creía que se debían tener en cuenta los riesgos que pueden acarrear las vacunas, y que, dado que la inoculación de las dosis en aquel momento era voluntaria, consideraba que no se debían de tener en cuenta los beneficios para la sociedad y el entorno del menor. En sus alegaciones incluye además diversas informaciones médicas acerca de los efectos de la vacunación del COVID-19, como el hecho de que los medicamentos de terapia génica (ARN-m) aún se encontraban en fase experimental, por lo que podrían suponer un mayor riesgo al menor que el que era presente en aquel momento, dado que los datos epidemiológicos sobre contagios a menores eran muy bajos. Doña

L.C.R, en síntesis, alega una vulneración del art.15 CE por falta de consentimiento informado por escrito y prescripción médica, acorde con la ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia clínica.

2. Datos epidemiológicos sobre el COVID-19.

El COVID-19, es una enfermedad vírica causada por el virus Sars-Cov-2, que afecta fundamentalmente al sistema respiratorio (Rahman, *et al.*, 2021). Durante el 2020, tuvo su principal auge, causando una pandemia mundial con más de 7.100.000 muertes registradas hoy en día. El gobierno español en diciembre del mismo año, comenzó la vacunación a la población civil con las llamadas dosis de ARN-m, las cuales constituyen una forma de terapia génica, estas dosis -innovadoras en la situación epidemiológica del 2020-, dada la gravedad de la situación, fueron aprobadas para su inoculación en humanos por la OMS, FDA, Unión Europea y similares en situación de emergencia, es decir, dichos medicamentos no habían completado la totalidad del tiempo de ensayos clínicos requeridos de forma habitual para medicamentos o vacunas, pero contaban con el aval de las instituciones mundiales y nacionales para su inoculación.

Si se examinan los datos acerca de los efectos adversos que han resultado de la inoculación de las vacunas en la población mundial, a fecha de 2022, habían sido inoculadas aproximadamente 12.700 millones de dosis, de las cuales, como efecto adverso, 1.005.490 personas reportaron efectos adversos en su constitución, tales como fiebre y náuseas, fueron también reportados diversos casos de Trombosis varias, síndrome de Guillain-Barré, mielitis transversa aguda, miocarditis y pericarditis (Mushtaq, *et al.*, 2022), la mayoría sin embargo, derivando de la inoculación de las vacunas adenovíricas desarrolladas posteriormente, pese a la menor proporción de dosis inoculadas de estas vacunas, esta proporción sin embargo, entra en el orden de 1/6.500.000 sobre el total de dosis inoculadas a principios de 2022.

III. Resolución en instancias anteriores.

1. Decisión en primera instancia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Piedrahita.

El Juzgado de Primera Instancia, en base a los datos epidemiológicos y estudios realizados hasta el momento, y tomando en consideración las recomendaciones de la Agencia Española de Pediatría y la Agencia Europea del Medicamento, que consideraban que la vacunación de los menores de edad con las dosis a disposición de los centros sanitarios era segura y no comportaba ni riesgo ni efectos secundarios significativos, emitió un auto donde se decidió desestimar las pretensiones de la madre y otorgarle la voluntad para decidir acerca de la vacunación de esta enfermedad al padre del niño.

2. Apelación de doña L.C.R.

Ante la emisión de dicha resolución por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción Número 1 de Piedrahita, doña L.C.R presentó un recurso de apelación alegando una vulneración de los arts. 216, 217 y 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con el art. 24 CE, esgrimiendo una pobreza valorativa del juez a la hora de apreciar los datos aportados por ella en contraposición a los aportados por don A.L.H. Alega además una infracción del art. 15 CE por falta del consentimiento informado a los progenitores, en relación con la Ley 41/2002, sobre autonomía del paciente. Y finalmente invoca el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las

aplicaciones en la biología y la medicina, celebrado en Oviedo (en adelante “Convenio de Oviedo”). Cabe destacar que el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 1 de Piedrahita ya se había pronunciado de forma indirecta acerca de dicho convenio citando la STEDH (Gran Sala) de 8 de abril de 2021, *affaire Vavřika et autres c. République Tchèque*, donde se analiza y se interpreta dicho convenio en unas circunstancias similares.

Don A.L.H se opuso a la apelación alegando que las pretensiones de la demandante en cuanto a la valoración y el criterio del juez eran de una naturaleza «sesgada, parcial y poco creíble». Añadió además que el menor padece de trastornos respiratorios, por lo que la vacunación en este caso pasaría a ser algo imperativo para él. Además, los casos en los que la recurrente alega infracción del art. 15 CE no serían aplicables dado que se trata de un menor, cuya patria potestad la ejercen los padres.

3. Decisión de la Audiencia Provincial de Ávila.

La Audiencia Provincial de Ávila, tomando en consideración todo lo anterior, emite un auto desestimando el recurso de apelación, tomando los argumentos del padre, así como el principio fundamental del derecho que es el interés superior del menor, destaca además que la evidencia científica aportada por la madre no contaba con respaldo pericial alguno. Este tribunal vuelve a emplear como apoyo la STEDH (Gran Sala), de 8 de abril de 2021, *affaire Vavřika et autres c. République Tchèque*, ponderando el beneficio a la sociedad que tiene la vacunación colectiva frente al interés individual, con el objetivo de proteger a la población y lograr la inmunidad de grupo.

4. Pretensiones finales de la recurrente.

La recurrente, en el recurso de amparo, denuncia vulneraciones en relación con la causa de fondo y en relación con los procesos judiciales previos. En primer lugar, alega una vulneración del art. 15 CE, sobre el derecho a la integridad física y moral en relación con la patria potestad que ejerce sobre su hijo menor de edad por falta de consentimiento informado. Invoca además la Ley 41/2002, sobre autonomía del paciente, el artículo 3 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, referente al consentimiento informado en el ámbito de la biomedicina, y el artículo 5 del convenio de Oviedo. A esta invocación se añade la jurisprudencia creada en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En segundo lugar, en relación con los procesos judiciales anteriores, la recurrente alega la vulneración del artículo 24 CE apartados 1 y 2 en relación con las actuaciones de los jueces en la jurisdicción ordinaria, considerando que su decisión había sido sesgada y marcada por una falta de evidencia científica a la hora de adquirir información acerca de los efectos que pudiese tener la vacunación del menor, en vez de emplear la información epidemiológica proporcionada por la recurrente, respaldada por estudios e informes realizados por el fabricante de las dosis, Pfizer, relacionando un número de casos de pericarditis y miocarditis (ver punto 2) con la inoculación de las dosis de la vacuna.

5. Alegaciones del Ministerio Fiscal.

El escrito de alegaciones del fiscal hace especial énfasis en las alegaciones que la recurrente hace en referencia a los procesos judiciales en la jurisdicción ordinaria, señala que en virtud de la STC 148/2023, y en conexión con la supuesta vulneración del art. 15 CE, no es razonable considerar que se ha cometido una vulneración del art. 24.1 ni del 15 CE, dado que el menor, al ser de una edad muy temprana, carecía de la solidez intelectual y capacidad emocional necesarias para comprender el completo alcance de la interven-

ción que se le iba a realizar, y por lo tanto en virtud del presupuesto básico del artículo 9.3 apartado c) de la Ley 41/2002, esta alegación por parte de la demandante sería inadecuada dada las características del procedimiento.

IV. Fondo Jurídico de la Sentencia.

1. El interés superior del menor.

Una de las partes centrales en la sentencia es el interés superior del menor como marco rector de las decisiones tomadas por los tribunales ordinarios y por el propio Tribunal Constitucional. Este principio fundamental del derecho antepone el bienestar de los menores de edad al resto de circunstancias que puedan entrar en consideración en una demanda que les incumba (Nogales Naharro, 2023: 29). Este principio está recogido internacionalmente en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño en su artículo número 3, y desarrollado para menores en situación de especial vulnerabilidad en los artículos 9, 18 y 20 de la Convención -mayoritariamente en el 20 para el caso que explora esta sentencia- (Nogales Naharro, 2023: 32). En esta convención internacional se expone la necesidad del cuidado de la figura del niño en los procesos judiciales y en decisiones administrativas que les concernieren (art. 3.1 y 3.2). En el artículo 3.3 además se hace referencia a que se atenderá especial atención al bienestar del niño en materias tales como las sanitarias y médicas, precepto que prevalece en todos los procedimientos judiciales que ocupan este comentario. En el objeto de esta sentencia y durante todo su desarrollo, se considera que el rechazo de uno de los progenitores -recipientes de la patria potestad sobre el hijo menor- a que su hijo reciba la vacuna, no es en absoluto capaz de contrarrestar la benevolencia que las dosis que se deben inocular al menor le supondrían a efectos futuros. Tanto a nivel personal como grupal, el interés superior de dicho menor, junto con el del grupo, es el elemento fundamental que guía el discurso del tribunal y por el cual los magistrados se posicionarán.

2. Utilización de la jurisprudencia creada en la STC 148/2023.

Para el análisis de esta sentencia, el Tribunal Constitucional emplea como base la STC 148/2023, de 6 de noviembre. En dicha sentencia, los antecedentes de hecho son muy semejantes, lo que hace que la STC 83/2024 sea interpretada de manera muy similar.

A. Adecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria.

En la STC 148/2023 el Tribunal Constitucional se posiciona acerca de la alegación de la demandante relativa a la inadecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria. En la interpretación de los magistrados, dado que el Tribunal Constitucional constituye una vía subsidiaria del Derecho (Díez-Picazo, 2013:Cap.3), tendría cabida su posicionamiento acerca de la adecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria. Sin embargo, dado que la demandante incluye este alegato en la súplica del recurso de amparo únicamente, y no esgrimió la vulneración en los procesos en primera instancia, los magistrados consideran que, dado que dicha posible vulneración no se recurrió previamente, y debido al espíritu de la subsidiariedad del Tribunal Constitucional, éste no debe pronunciarse acerca de la materia, dado que de hacerlo, el acceso a la jurisdicción constitucional se produciría "*per saltum*", es decir; omitiendo todas las vías anteriores de impugnación en la jurisdicción ordinaria e impidiendo a los tribunales que la integran posicionarse acerca de este asunto (STC 148/2023, FJ 2 b).

B. Análisis central de la STC 148/2023 en relación con la vulneración del art. 15 CE.

La sentencia 148/2023 es de capital importancia para el análisis de la STC 83/2024;

dado que crea el canon de constitucional en el que se fundamentan las decisiones del tribunal sobre vacunación de COVID-19, además de establecer las pautas para considerar una vulneración del art. 15 CE.

i) Respecto a la primera materia, el Tribunal Constitucional en la STC 148/2023 recuerda la evolución constitucional sobre el derecho a la integridad física recogido en el artículo 15 de la Constitución Española. Señala como el derecho en cuestión se extiende no sólo a ataques o lesiones que puedan ser ocasionadas contra la dimensión corpórea del individuo, sino también contra intervenciones en esa misma dimensión sin el consentimiento del titular. En segundo lugar, el tribunal hace énfasis en que, en base a la jurisprudencia previa recogida en las SSTC 221/2002, de 25 de noviembre, FJ 4; 220/2005, de 12 de septiembre, FJ 4; 62/2007, de 27 de marzo FJ 3, y 160/2007, de 2 de julio, FJ 2); no es necesaria la consumación de la lesión para esgrimir una vulneración del derecho, sino que basta con la tentativa o la esperanza de que dicha lesión pueda ser cometida. Introduciéndolo a la STC 83/2024, este precepto es el habilitante del recurso interpuesto por doña L.C.R, dado que existe un riesgo, si ínfimo, de que la vacuna inoculada a su hijo pueda tener efectos secundarios, tales como los recogidos en este comentario párrafo I sección 2, con lo que esta esperanza es algo dirimible del procedimiento médico.

ii) En sintonía con las pretensiones de la demandante, el tribunal reitera que, en todo el análisis jurisprudencial realizado hasta la fecha en relación con el derecho recogido en el art. 15 CE, se han creado conexiones indivisibles de éste tanto con el principio de libertad recogido en el art. 1.1 CE, como con la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad recogido en el art. 10.1 CE, y que la jurisprudencia emanada mantiene una interpretación extensiva acerca de la libre autodeterminación del sustrato corporal. Los magistrados señalan que estas conexiones otorgan a este derecho una inherente dimensión negativa, que concede a su titular el derecho al rechazo de la intervención médica y a la abstención de las actuaciones de la misma naturaleza excepto por motivos que estén constitucionalmente justificados.

iii) La dimensión positiva del derecho sin embargo se enfoca en el derecho al consentimiento informado relativo a las intervenciones que puedan ser realizadas en el cuerpo de cada uno, tal y como interpreta el tribunal en la STC 37/2011, FJ 5, donde se declara que este consentimiento “es algo inherente, entre otros, a su derecho a la integridad física, a la facultad que este supone impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo”. El Tribunal Constitucional, además, en esta sentencia 148/2023, reitera la jurisprudencia creada en la STC 38/2023 de 20 de abril, FJ 4b) donde se establece que las vacunas sí constituyen una potencial intromisión en el derecho a la integridad física, dado que su aplicación consiste en la introducción de una sustancia ajena en el cuerpo humano con tal de crear una reacción inmunitaria. El hecho de que ésta pueda causar una reacción adversa, tal y como ha sido expresado en la longitud de este texto, así como en la sentencia del tribunal, constituye motivación suficiente para ver comprometido este derecho(Aragón y Aguado, 2011:pp. 140-147).

C. Canon de constitucionalidad aplicable en relación con la vacunación a personas menores de edad.

Uno de los puntos focales de la STC 148/2023 en relación con la STC 83/2024, es cómo ésta introduce el canon de constitucionalidad acerca de esta materia, es decir, el método analítico para enfocar un caso de estas características como constitucional o inconstitucional. El Tribunal Constitucional, previo al análisis de este canon, recuerda que en todos los conflictos ocasionados por la negación del consentimiento a someterse la práctica médica corporal, se ponderarán las siguientes circunstancias: 1- Que esté prevista por ley. 2- Que sea autorizada por una resolución judicial con motivación reforzada en relación con la legitimidad constitucional de la medida. 3- Que tenga un fin constitucionalmente legítimo. 4- Que respete, como en todas las restricciones de derechos, el principio de proporcionalidad (Gavara de Cara, 1994). Es decir, que la medida sea la pertinente y produzca la mínima intromisión posible en el derecho vulnerado. Esta lista constituye el canon aplicable a la intromisión en el derecho a la integridad física con carácter general (Biglino, *et al.*, 2013: 516).

En el ámbito de los menores de edad, los magistrados comienzan tratando la habilitación legal del canon, basada en la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente. Esta ley, siguiendo la estela del primer punto del canon general, incluye mecanismos para completar las lagunas que son susceptibles de producirse en caso de que fuese imposible para el paciente prestar su consentimiento (Díez-Picazo, 2013: cap. 6). En el caso de los menores de edad, esta previsión se encuentra en el artículo 9.3 apartado c), que indica que el consentimiento será otorgado por representación “cuando el paciente no sea capaz ni intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención”. En dicho artículo se hace mención de que este consentimiento está previsto en el artículo 9 de la LO 1/1996, de 15 de enero, que establece que dicha representación recaerá en el representante legal del menor, que tomará la decisión después de haber escuchado su opinión.

En relación con el punto anterior, el Tribunal Constitucional recuerda que, de conformidad con el régimen general de representación de personas menores de edad recogido en el Código Civil, la representación legal corresponde a los progenitores del menor como norma general, según lo establecen los artículos 154 y 156. El tribunal añade además que, en caso de desacuerdo entre ambos progenitores acerca de sus facultades de representación legal, dicha disputa deberá ser resuelta por un órgano judicial, tal y como está previsto en el artículo 156 CC, mediante un expediente de jurisdicción voluntaria regulado por los artículos 85 y 86 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en el que se prestará especial atención a preservar el interés superior del menor. Este punto del canon es el que sustenta la desestimación, en la STC 83/2024, del argumento de doña L.C.R acerca de la inadecuación del procedimiento de jurisdicción voluntaria en un caso de estas características. Esto conlleva que, aunque en instancias anteriores se hubiese alegado la inadecuación del procedimiento que reclamaba doña L.C.R, este procedimiento de jurisdicción voluntaria es el correcto, dado que ambos padres en este supuesto de hecho ejercen la patria potestad sobre el menor, por lo que caso de desacuerdo entre ellos, es acertado seguir este procedimiento, ya que es el que dicta la ley.

D. Matices otorgados por el Tribunal Constitucional al canon de constitucionalidad aplicable en relación con la vacunación a personas menores de edad.

El Tribunal Constitucional establece como premisa el carácter primordial de la representación legal que ejercen los padres en el ámbito médico del menor. Sin embargo,

instaura ciertos límites al ejercicio de esa potestad. Aclara que la minoría de edad, apoyado por la Ley 41/2002, “no implica per se la falta de capacidad para la prestación del consentimiento informado” (art. 9.3, letra c), añade además que en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, se subraya en el segundo párrafo que la capacidad de obrar del menor se interpretará siempre de forma restrictiva, y en todo caso obrando en favor del interés superior del menor.

Asimismo, por la relevancia de determinados actos o situaciones jurídicas, el tribunal, siguiendo la jurisprudencia creada de forma pretérita en la STC 154/2002, de 18 de julio, recuerda que, ciertos derechos, tales como los derechos de la personalidad entre los que se encuentra el derecho a la integridad física, se ven excluidos de la representación que supone la patria potestad (Díez-Picazo, 2013) precepto recogido expresamente en el artículo 162.1 del Código Civil.

En referencia a la STC 154/2002, de 18 de julio, la jurisprudencia que los magistrados extraen de la sentencia se resume en los siguientes puntos: En primer lugar, el tribunal recuerda que por habérsele reconocido al menor cierta autodeterminación en el ejercicio de un derecho concreto no significa que se le otorgue total autonomía en el resto de los actos jurídicos o decisiones que le conciernan. En segundo lugar, que la exclusión de los progenitores del ejercicio de la patria potestad en sustitución por la posibilidad de permitir al menor ejercer su derecho se entiende sin perjuicio del deber de los progenitores de cuidar y salvaguardar los intereses del niño. Y finalmente, que las decisiones tomadas por el menor -o por el órgano judicial-, serán siempre tomadas atendiendo al interés superior del menor, dado el posible carácter irreparable de la decisión.

El tribunal además concluye que, en relación con el derecho a la autodeterminación del menor de edad en cuestiones médicas, dicho derecho tiene su límite en el interés superior del menor, es decir, tanto el menor, como sus progenitores, como los titulares de la patria potestad de éste, así como las autoridades judiciales y los poderes públicos tienen el deber de salvaguardar dicho interés y obrar conforme a él.

Para finalizar, los magistrados analizan el posible conflicto de intereses entre el deber de representación del menor y la salvaguarda de su interés superior con el interés personal que pueda tener el progenitor (Aragón y Aguado, 2011: pp. 30-34). Señalan que, como es doctrina reiterada del tribunal en las SSTC 141/2000, de 29 de mayo, FJ 5; 185/2012, de 17 de octubre, FJ 4, y 106/2022, de 13 de septiembre, FJ 2 B), así como viene expresado en el artículo 9.3 c) de la ley 41/2002; el titular de la patria potestad no goza en absoluto de total autonomía para decidir acerca de la materia en la cual representa al menor de edad. Esta decisión tiene que ser tomada defendiendo su interés superior legítimo, que no sólo entra en el ámbito personal del menor, sino que se extiende al campo de ius cogens, adquiriendo un carácter imperativo implícito en la condición humana tal y como está expresado en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Esto significa que, si el interés legítimo superior del menor no coincide con el de sus progenitores, en todo caso, prevalecerá el del menor.

V. Aplicación de la jurisprudencia del tribunal y resolución jurídica del recurso.

Para comenzar, en relación con la supuesta vulneración de los artículos 24.1 y 24.2, los magistrados consideran que las quejas planteadas que entran en la cobertura de este

derecho a la tutela judicial efectiva son accesorias al núcleo central de la demanda, y, por lo tanto, deben de ser calificadas como instrumentales a éste.

A continuación, aplicando el canon emanado de la STC 148/2023 a la STC 83/2024, el Tribunal Constitucional considera, en primer lugar, que se cumple el presupuesto básico de la Ley 41/2002, artículo 9.3 letra c), para poder acudir al consentimiento por representación, en este caso otorgado por la autoridad judicial, debido al desacuerdo entre ambos progenitores. Este consentimiento es prestado debido a que, de acuerdo con lo establecido en el canon de constitucionalidad, el menor no cuenta con la capacidad ni intelectual ni emocional para hacer frente a la decisión ni comprender el alcance de la intervención, al tener cinco años en aquel momento. Además, y en contraposición con la vertiente positiva del derecho a la integridad física del menor, los progenitores sí contaban con una información amplia y completa acerca de los efectos de la vacunación, incluso antes de iniciar el procedimiento de jurisdicción voluntaria.

Finalmente, el tribunal aprecia que las resoluciones judiciales de los tribunales ordinarios sí tenían como motivación salvaguardar el legítimo interés superior del menor en relación con la protección de su salud, siguiendo la recomendación de las autoridades sanitarias, teniendo en consideración los posibles riesgos y beneficios que la misma podría tener en el niño, y obrando en concordancia con las leyes y tratados internacionales de salvaguarda de los derechos de los menores.

VI. Fallo de la sentencia.

Los magistrados que componen la sala segunda del Tribunal Constitucional, en virtud de los argumentos que han sido presentados con anterioridad, decidieron desestimar el recurso de amparo impuesto por doña L.C.R. y archivar la pieza separada de suspensión.

VII. Conclusiones

Una vez finalizada esta aproximación, queda claro que la sentencia reitera claramente la jurisprudencia establecida en la STC 148/2023, y es una pieza fundamental para reforzarla. La relevancia de la doctrina previa del tribunal es clave para asentar de forma definitiva el canon de constitucionalidad relativo a la vacunación en menores de edad. La litis de la sentencia es sólo un vehículo para abordar de forma clara la relevancia del interés superior del menor en las decisiones judiciales, y cómo éste debe imperar ante todas las demás variables. El Tribunal Constitucional en esta sentencia parece haber aclarado de manera definitiva los métodos de resolución de conflictos en entornos donde la salud esté en juego en la vida de los menores de edad; con una jurisprudencia sólida que pone de relieve la importancia de la voluntad del menor y su beneficio contra todas las demás voluntades que le puedan ser adversas.

Habiendo tomado todo lo anterior en consideración, he de posicionarme en la línea del tribunal, ya que su discurso en los fundamentos de hecho, así como en el fallo de la sentencia, se alinea en gran medida con la doctrina de la mayoría de autores, tanto en los temas relativos a las limitaciones de la prestación del consentimiento por parte de los menores de edad, tal y como expone Nogales Naharro (2023); así como en la materia referente a los límites al derecho a la integridad física (Aragón y Aguado, 2011; Díez Picazo, 2013). La sentencia además sigue la línea jurisprudencial del tribunal en sentencias previas, empleando una interpretación justa y proporcional a los hechos que se exponen, mediante la aplicación literal del canon de constitucionalidad creado con anterioridad.

El conocimiento de esta sentencia considero que es importante, dado que, de sólo examinar la STC 148/2023 y otras sentencias anteriores, el canon de constitucionalidad y toda la jurisprudencia creada previamente podría parecer poco sólida. Sin embargo, la STC 83/2024, demuestra todo lo contrario, es una jurisprudencia fuertemente asentada que debe usarse de guía para todos los supuestos de hecho de semejantes características.

Referencias Bibliográficas

- Aragón Reyes, M., & Aguado Renedo, C. (Dirs.). (2011). *Temas básicos de derecho constitucional* (2.ª ed., Tomo III). Thomson Reuters-Civitas.
- Biglino, P., & Bilbao, J. M. (Dirs.). (2013). *Lecciones de derecho constitucional II*. Thomson Reuters Aranzadi.
- Díez-Picazo, L. M. (2013). *Sistema de Derechos Fundamentales* (4.ª ed.). Thomson Reuters-Civitas.
- Gavara de Cara, J. C. (1994). *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. El contenido esencial de los derechos fundamentales desde el punto de vista del control de constitucionalidad en la Ley Fundamental de Bonn* [Tesis doctoral no publicada]. Universidad Autónoma de Barcelona.
- Mushtaq, H. A., Khedr, A., Koritala, T., Bartlett, B. N., Jain, N. K., & Khan, S. A. (2022). A review of adverse effects of COVID-19 vaccines. *Le Infezioni in Medicina*, 30(1), 1–10. <https://doi.org/10.53854/liim-3001-1>
- Nogales Naharro, M. de los Á. (2023). *El Interés Superior Del Menor de Edad Como Principio Rector de la Actuación de Los Poderes Públicos en Situación de Riesgo*. Marco Legal (1.ª ed.). Dykinson.
- Rahman, S., Montero, M. T. V., Rowe, K., Kirton, R., & Kunik, F., Jr. (2021). Epidemiology, pathogenesis, clinical presentations, diagnosis and treatment of COVID-19: a review of current evidence. *Expert Review of Clinical Pharmacology*, 14(5), 601–621. <https://doi.org/10.1080/17512433.2021.1902303>
- Randall, T., et al. (2022, 6 de octubre). More than 12.7 billion shots given: Covid-19 tracker. *Bloomberg*. <https://www.bloomberg.com/graphics/covid-vaccine-tracker-global-distribution/?embedded-checkout=true>

Jurisprudencia

- Affaire Vavřika et autres c. République Tchèque (Tribunal Europeo de Derechos Humanos [Gran Sala] 8 de abril de 2021).
- Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011 (Tribunal Constitucional 28 de marzo de 2011). Recurso de amparo núm. 3574-2008. Boletín Oficial del Estado, 101, 28 de abril de 2011.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 38/2023 (Tribunal Constitucional 20 de abril de 2023). Recurso de amparo núm. 3214-2022. Boletín Oficial del Estado, 121, 22 de mayo de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 62/2007 (Tribunal Constitucional 27 de marzo de 2007). Recurso de amparo núm. 1623-2002. Boletín Oficial del Estado, 100, 26 de abril de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 106/2022 (Tribunal Constitucional 13 de septiembre de 2022). Recurso de inconstitucionalidad núm. 5570-2021. Boletín Oficial del Estado,

253, 21 de octubre de 2022.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 141/2000 (Tribunal Constitucional 29 de mayo de 2000). Recurso de amparo núm. 4233/96. Boletín Oficial del Estado, 156, 30 de junio de 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 148/2023 (Tribunal Constitucional 6 de noviembre de 2023). Recurso de amparo núm. 3272-2022. Boletín Oficial del Estado, 301, 18 de diciembre de 2023.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2002 (Tribunal Constitucional 18 de julio de 2002). Recurso de amparo núm. 3468/97. Boletín Oficial del Estado, 188, 7 de agosto de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 160/2007 (Tribunal Constitucional 2 de julio de 2007). Recurso de amparo núm. 7142-2004. Boletín Oficial del Estado, 185, 3 de agosto de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012 (Tribunal Constitucional 17 de octubre de 2012). Cuestión de inconstitucionalidad núm. 8912-2006. Boletín Oficial del Estado, 274, 14 de noviembre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 220/2005 (Tribunal Constitucional 12 de septiembre de 2005). Recurso de amparo núm. 1221-2002. Boletín Oficial del Estado, 246, 14 de octubre de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 221/2002 (Tribunal Constitucional 25 de noviembre de 2002). Recursos de amparo acumulados núm. 1044-2000 y 1089-2000. Boletín Oficial del Estado, 304, 20 de diciembre de 2002.

Legislación

- Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado, 311, 29 de diciembre de 1978.
- Convención sobre los Derechos del Niño. (1989). Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 44/25, 20 de noviembre de 1989.
- Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Boletín Oficial del Estado, 274, 15 de noviembre de 2002.
- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 15, 17 de enero de 1996.
- Real Decreto, de 24 de julio, por el que se publica el Código Civil. (1889). Gaceta de Madrid, 206, 25 de julio de 1889.

Competencias, identidad y autonomía: el trasfondo constitucional de la STC 44/2024

Competencies, identity and autonomy: the constitutional background of CCJ 44/2024

Hugo Díaz Rodríguez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)64](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)64)

Comentario a

Sentencia N° 44/2024, de 12 de marzo

Tribunal Constitucional Español

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El artículo analiza la Sentencia 44/2024 del Tribunal Constitucional, que resuelve el conflicto competencial entre el Estado y Cataluña respecto a la Ley 17/2020 sobre violencia machista. La controversia gira en torno a si la ley catalana invade competencias estatales al incluir a mujeres trans, definir el consentimiento sexual y ampliar las formas de violencia reconocidas. El Tribunal concluye que la norma autonómica actúa dentro de sus competencias, al centrarse en políticas preventivas y asistenciales sin modificar el ámbito penal ni el régimen registral. Sin embargo, declara inconstitucional el artículo que imponía obligaciones a los partidos políticos. El estudio destaca cómo la sentencia refuerza una interpretación cooperativa del reparto competencial, permitiendo a las comunidades autónomas desarrollar políticas de igualdad en el marco de sus atribuciones.

ABSTRACT

The article analyzes Judgment 44/2024 of the Constitutional Court, which resolves the conflict of jurisdiction between the State and Catalonia regarding Law 17/2020 on gender-based violence. The controversy revolves around whether the Catalan law encroaches on state powers by including transgender women, defining sexual consent, and expanding the forms of violence recognized. The Court concludes that the regional law acts within its powers by focusing on preventive and Welfare policies without modifying the criminal sphere or the registration system. It only declares unconstitutional the article that imposed obligations on

¹ Estudiante de Derecho y ADE por la Universidad Autónoma de Madrid.
Mail: hugodr77@gmail.com. Nro de ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-7256-0690>

political parties. The study highlights how the ruling reinforces a cooperative interpretation of the distribution of powers, allowing autonomous communities to develop equality policies within the framework of their powers.

PALABRAS CLAVE: Reparto competencial; violencia machista; igualdad de género; autonomía normativa; políticas de igualdad.

KEYWORDS: Distribution of powers; gender-based violence; gender equality; regulatory autonomy; equality policies.

I. Introducción

La Sentencia 44/2024, dictada con fecha 12/03/2024 por el Tribunal Constitucional de España, resolvió uno de los debates más intensos de los últimos años en materia de igualdad y reparto competencial. El caso tuvo su origen en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular contra diversos preceptos de la Ley catalana 17/2020, que reformaba la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

La controversia se centra en determinar si la ampliación de la protección frente a la violencia machista a mujeres, niñas y adolescentes transgénero, así como la introducción de nuevas formas de violencia y la definición del consentimiento sexual, suponía una invasión de atribuciones estatales en materias reservadas a la legislación penal, al régimen registral y a la reserva de ley orgánica. Esta discusión, además, no puede desligarse de la evolución misma del concepto jurídico de violencia de género. Como recuerda Maqueda Abreu, “el uso de la expresión “violencia de género” es tan reciente como el propio reconocimiento de la realidad del maltrato a las mujeres”. Sólo a partir de los años noventa comienza a consolidarse su empleo gracias a iniciativas como la Conferencia Mundial para los Derechos Humanos de Viena de 1993 o la Conferencia Mundial de Mujeres de Beijing de 1995 (Maqueda Abreu, 2006: 777). Esta perspectiva histórica es clave para entender por qué los legisladores autonómicos han ido adaptando sus marcos normativos a nuevas realidades sociales y estándares internacionales.

El Alto Tribunal, tras analizar el marco competencial y los principios de igualdad y seguridad jurídica, declaró constitucionales la mayoría de los artículos impugnados, salvo el relativo a la imposición de deberes a los partidos políticos. La resolución, además de aclarar los límites entre la acción normativa autonómica y la competencia estatal, ofrece una visión renovada sobre el papel de las comunidades autónomas en la construcción de políticas de igualdad inclusivas, especialmente en relación con las personas trans.

II. Hechos procesales y opiniones de las partes

La Sentencia 44/2024 dictada en pleno por el Tribunal Constitucional (Pleno, 12 de marzo de 2024, ECLI:ES:TC:2024:44) resuelve el recurso de inconstitucionalidad número 1719-2021 interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular en el Congreso contra los artículos 1, 2, 3 y 16 de la Ley catalana 17/2020, del 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 5/2008, del 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista.

Los diputados recurrentes sostuvieron que la Ley catalana invadía competencias estatales al extender la protección frente a la violencia machista a las “mujeres, niñas y adolescentes transgénero” (art. 1); introducir una definición del “consentimiento sexual” (art. 2); tipificar nuevas formas de violencia, como la digital, vicaria u obstétrica (art. 3); y establecer deberes a los partidos políticos en materia de prevención (art. 16). En su opinión, estas previsiones suponían una “modificación indirecta de los tipos penales de violencia de género y de los efectos jurídicos de la mención registral del sexo”, y por tanto vulneraban los artículos 81.1 CE y 149.1 apartados 6ª, 8ª y 1ª de la Constitución (relativos a los supuestos sujetos a aprobación por ley orgánica, y a las atribuciones exclusivas que posee el Estado). Los recurrentes añadieron que el reconocimiento de las mujeres trans no registralmente reconocidas como tales alteraba el concepto jurídico de “sexo” que opera en la legislación penal y civil del Estado.

Por su parte, el Parlamento de Cataluña y la Generalitat de Cataluña defendieron que la norma no incidía en los tipos penales ni en el régimen registral, sino que se limitaba a desarrollar políticas públicas en el marco de sus competencias en materia de igualdad y erradicación de la violencia contra las mujeres, conforme a los artículos 19, 41.3 y 153 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC). Alegaron que la Ley 17/2020 se inspira en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (Convenio de Estambul, 2011), que exige una protección integral a todas las mujeres, incluidas las transgénero.

El argumento autonómico también se apoyó en la Recomendación General nº 35 del Comité CEDAW, que amplía el concepto de violencia de género y exige a los Estados miembros “adoptar medidas integrales, que incluyan la prevención, protección y reparación garantizando la igualdad sustantiva” (CEDAW, 2017: párr. 26 b). Con base en estos instrumentos, la Generalitat sostuvo que la reforma de la Ley 5/2008 no modificaba categorías jurídicas sustantivas, sino que adaptaba la política autonómica a los estándares internacionales de protección de derechos de las mujeres y de las personas trans. Como sostiene Villacampa Estiarte, todas las formas de violencia contra las mujeres deben abordarse integralmente, no sólo con persecución penal, sino también mediante prevención y atención a las víctimas (Villacampa Estiarte, 2023: 21-24).

El Ministerio Fiscal apoyó parcialmente las tesis del Parlamento catalán, señalando que la ley impugnada tenía naturaleza eminentemente social y preventiva. Finalmente, el Tribunal Constitucional declaró constitucionales la mayoría de los preceptos impugnados, salvo el artículo 16 (relativo a los partidos políticos), que fue anulado por afectar a la estructura de derechos de participación y organización política regulada por ley orgánica (FJ 5 C).

III. Marco constitucional aplicable y criterios competenciales utilizados por el Tribunal

El marco constitucional que rige la resolución se centra en la tensión entre el principio de igualdad, la reserva de ley orgánica y el reparto de competencias. En este sentido, la Corte Constitucional parte analizando los artículos 9.2 y 14 CE, que configuran el mandato de los poderes públicos para garantizar la igualdad real y efectiva y prohíben toda la discriminación por razón de sexo. La ley catalana se vincula materialmente a este mandato de acción positiva. No obstante, el Tribunal recuerda en su Fundamento Jurídico 2º que el principio de igualdad no puede erigirse en un título competencial autónomo que desplace las competencias exclusivas del Estado, debiendo siempre analizar tanto el

contenido del precepto controvertido, como el carácter, sentido y finalidad de las disposiciones traídas al conflicto.

Para sustentar metodológicamente ese planteamiento conviene traer a colación la doctrina sobre interpretación constitucional que subraya la exigencia de un examen material de la norma y la preferencia por el criterio de finalidad/efectos al resolver conflictos competenciales. En la obra *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Balaguer Callejón desarrolla el método hermenéutico que utiliza el Tribunal, afirmando que la delimitación de competencias debe atender al contenido substancial y a la finalidad normativa, atendiendo a la protección de principios constitucionales como la seguridad jurídica (Balaguer Callejón, 2022).

Asimismo, conviene incorporar la perspectiva de la transversalidad de las políticas de igualdad. Araceli Mangas Martín expone que la política de igualdad opera como un título competencial que impregna múltiples sectores (sanidad, educación, servicios sociales...), lo que justifica la actuación normativa autonómica dentro de su ámbito competencial siempre que no altere el núcleo de materias reservadas al Estado (Mangas Martín, 2007: 39). Este enfoque de la igualdad como política transversal está citado y utilizado en el propio debate de la STC 44/2024.

El artículo 81.1 CE establece que el desarrollo de los derechos fundamentales (DDFF) y las libertades públicas se reserva a la ley orgánica, lo que incluye según la doctrina del propio TC toda norma que afecte directamente al contenido esencial de dichos derechos o que regule su régimen de garantías (STC 184/2012, FJ 9). Por otro lado, el artículo 149.1 CE fija las competencias exclusivas del Estado, de las cuales resultan relevantes la 1ª (condiciones básicas de igualdad), la 6ª (legislación penal) y la 8ª (ordenación de los registros públicos).

Con anterioridad, el Tribunal ya había analizado el encuadramiento competencial dispuesto, en el que la finalidad y los efectos de la norma son determinantes. Por ejemplo, en la STC 100/2020, la delimitación de las competencias no se hace atendiendo al nomen iuris de las disposiciones, sino a su finalidad y efectos (STC 100/2020, FJ 3). En coherencia, la STC 44/2024 analiza si los preceptos impugnados alteran realmente los efectos jurídicos de las materias reservadas o si se limitan a desplegar políticas de acción positiva, argumentando finalmente a favor de esta última posición.

Desde una perspectiva doctrinal, el marco constitucional aplicable a la igualdad de género se concibe como un sistema de potestades concurrentes, donde el Estado fija las bases y las comunidades desarrollan medidas de ejecución o complementarias. En palabras de Alicia González Alonso (2024, 242), el Estado de las autonomías no se articula sobre competencias exclusivas, sino sobre competencias de cooperación y coordinación “debido a su carácter intersectorial y transversal”. Este planteamiento, idéntico al adoptado en la interpretación constitucional, legitima la intervención autonómica en políticas de género sin quebrar la unidad del ordenamiento penal o civil.

IV. Doctrina sobre el reparto competencial

El reparto competencial en materia de igualdad y violencia machista ha sido uno de los terrenos más controvertidos del constitucionalismo autonómico. La STC 44/2024 reafirma la doctrina de la concurrencia funcional de potestades, según la cual el hecho de que

una norma autonómica incida sobre una materia estatal no implica por sí mismo invasión competencial, siempre que su finalidad y efectos se sitúen en otro plano normativo. En este sentido, el Pleno recuerda que la coincidencia material de una norma autonómica con un título competencial estatal no determina automáticamente su inconstitucionalidad, si la regulación autonómica persigue fines distintos y no interfiere en el núcleo de la competencia estatal (FJ 4 C).

González Alonso dedica un bloque de su estudio a explicar que la STC 44/2024 sitúa la cuestión en el plano de la finalidad normativa y de la protección asistencial, privilegiando la interpretación conforme que permita al legislador autonómico desplegar medidas de prevención y reparación siempre que no introduzcan efectos punitivos ni constitutivo (González Alonso, 2024: 244-249).

Esta doctrina, que se había consolidado en resoluciones anteriores como la STC 85/2018, se inspira en la idea de cooperación institucional entre el Estado y las comunidades. El órgano de garantías adopta este enfoque en el fallo de análisis para subrayar que las competencias autonómicas en políticas de género tienen una naturaleza intersectorial, lo que les permite desplegarse en ámbitos educativos, sanitarios o sociales sin menoscabar el monopolio estatal sobre la legislación penal o registral.

Además, la sentencia reconoce que las políticas de igualdad y violencia machista se encuadran dentro de los principios rectores de la política social y económica (capítulo III del título I CE), cuya ejecución corresponde en buena medida a las CCAA. La finalidad de la Ley 17/2020 es, según el Tribunal, mejorar la atención integral a las víctimas y reforzar la prevención mediante la definición de nuevos supuestos de violencia y de sujetos protegidos (FJ 5). Al no alterar la legislación penal ni los efectos registrales, el legislador autonómico actúa dentro de su ámbito propio de políticas públicas.

De este modo, la doctrina sobre el reparto competencial que emana de la STC 44/2024 articula un modelo cooperativo en el que el Estado conserva las potestades normativas básicas y las comunidades ejercen una capacidad de desarrollo complementario. El equilibrio entre unidad y pluralidad, entre legislación básica y desarrollo autonómico, se configura así como un elemento estructural del Estado autonómico contemporáneo.

V. Materia penal y reserva de ley orgánica

La materia penal constituye uno de los núcleos duros de la reserva de ley orgánica y una frontera competencial infranqueable para las Comunidades Autónomas (en adelante, CCAA). En la STC 44/2024, los magistrados reiteran que la legislación penal es competencia exclusiva del Estado, conforme al artículo 149.1.6ª, y que sólo mediante ley orgánica puede regularse o modificarse el régimen de delitos y penas, de acuerdo con el artículo 81.1 CE. Esta doctrina se consolidó ya en pronunciamientos anteriores, como la STC 184/2012, donde el Tribunal declaró que la reserva de ley orgánica garantiza que las decisiones más sensibles para los DDFF se adopten con un procedimiento legislativo reforzado (STC 184/2012 FJ 9).

La argumentación técnica sobre por qué una definición normativa puede afectar a la tipicidad penal está bien documentada en los informes y en la doctrina especializada. El Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad

sexual (25-II-2021) advierte que la cuestión problemática que plantea el consentimiento no es tanto su definición conceptual como su repercusión probatoria y tipificadora; una definición legal cerrada podría constituir un elemento típico con consecuencias probatorias relevantes (CGPJ, 2021). Esa advertencia institucional fue tomada en cuenta en el razonamiento del Alto Tribunal, que distingue entre definiciones con efecto administrativo/educativo y definiciones con eficacia típica.

La Ley catalana 17/2020, en sus artículos impugnados, introduce conceptos que rozan la frontera entre lo asistencial y lo penal. El artículo 2 configura el consentimiento sexual como “la manifestación libre de la voluntad de la persona de participar en las relaciones sexuales” (BOE, Ley 17/2020). Si bien el contenido se asemeja a la noción penal de consentimiento introducida por la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual, el Tribunal observa que la norma autonómica no tipifica conductas ni fija consecuencias jurídicas de carácter sancionador, sino que establece un marco de referencia para la actuación administrativa y educativa (FJ 5). Es decir, el precepto se interpreta como una cláusula programática, orientada a la sensibilización y a la formación, sin alcance penal.

La misma conclusión alcanza el órgano de garantías respecto a la enumeración de nuevas formas de violencia machista (como la vicaria, digital u obstétrica). La sentencia subraya que estas expresiones no suponen la creación de nuevos tipos penales, sino la descripción de situaciones relevantes para la intervención de los servicios públicos de atención y protección (FJ 3 C). Con ello, el Tribunal establece un criterio esencial: la descripción de conductas en una norma autonómica no constituye invasión competencial si no conlleva consecuencias jurídico-penales ni altera el contenido de los tipos ya definidos en la legislación estatal.

El Abogado del Estado y los diputados recurrentes habían sostenido que el reconocimiento de las mujeres trans como víctimas potenciales podía incidir en la tipificación penal de la violencia de género, pues el artículo 153.1 del Código Penal se refiere expresamente a “quien cause a una mujer menoscabo físico o psíquico” en el marco de una relación de pareja o ex pareja. Sin embargo, el Tribunal descarta esa objeción porque la norma autonómica no modifica el ámbito de aplicación de los tipos penales, sino que amplía la cobertura de los servicios de protección y atención social. El razonamiento sigue el criterio establecido en la STC 85/2018, según el cual la competencia penal estatal no impide la existencia de normas autonómicas complementarias destinadas a la prevención o reparación del daño, siempre que no se atribuyan efectos sancionadores o definitorios de delito (STC 85/2018, FJ 3).

La sentencia, no obstante, declara inconstitucional el artículo 16 de la Ley 17/2020, que imponía a los partidos políticos la obligación de elaborar protocolos internos y mecanismos de prevención frente a la violencia machista. Según la Corte, esta disposición incide en el régimen jurídico de los partidos políticos, materia que afecta al derecho de asociación y a la libertad de organización reconocidos en el artículo 6 CE y en la Ley Orgánica 6/2002. Por tanto, al implicar “una modificación sustantiva del marco jurídico de funcionamiento de los partidos”, la norma debía haberse aprobado mediante ley orgánica (FJ 5 C). Este razonamiento coincide con la doctrina de la STC 133/2006, en la que el Tribunal había declarado que toda regulación que afecte al núcleo estructural del derecho de asociación política pertenece a la reserva de ley orgánica.

Desde la perspectiva doctrinal, este razonamiento refuerza la tesis clásica de la reserva de ley orgánica como garantía institucional, entendida como un mecanismo que asegura la unidad y coherencia de las normas básicas del sistema de derechos. Los magistrados, en consecuencia, combina una lectura flexible de las competencias autonómicas en materia de políticas públicas con una aplicación rigurosa del principio de reserva orgánica cuando se trata de estructuras constitucionales o tipificaciones penales, delimitando un criterio interpretativo claro: las CCAA pueden definir políticas, conceptos operativos y programas de actuación para prevenir y atender la violencia de género, incluso introduciendo terminología propia o categorías conceptuales nuevas, siempre que esas definiciones no supongan la creación o modificación de tipos penales ni afecten a DDFF cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica.

VI. Ordenación de registros públicos

La cuestión relativa al Registro Civil constituye otro de los ejes fundamentales de la Sentencia. El TC parte del artículo 149.1.8ª CE, que atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre “legislación civil, sin perjuicio de las conservadas, modificación de las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos”. Esta competencia ha sido interpretada de forma constante como comprensiva de la ordenación y gestión del Registro Civil, incluyendo los requisitos y efectos jurídicos de las inscripciones de nacimiento, filiación o sexo (STC 99/2019, FJ 5).

En el caso de la Ley 17/2020, los diputados recurrentes alegaron que la inclusión de las mujeres trans como posibles víctimas de violencia machista vulneraba esa competencia estatal, pues introducía una categoría subjetiva, “mujeres transgénero”, que podría producir efectos registrales al desvincular el concepto jurídico de sexo del dato registral. El Tribunal, sin embargo, rechaza esta interpretación, afirmando que el reconocimiento de las mujeres trans como destinatarias de políticas públicas de prevención y atención no modifica la regulación del sexo como dato registral ni altera sus efectos jurídicos (FJ 4 C).

La sentencia distingue con precisión entre el ámbito registral-constitutivo, que pertenece al Estado, y el ámbito asistencial o administrativo, que corresponde a las CCAA. La legislación estatal, concretamente la Ley 4/2023, de 28 de febrero, regula la rectificación registral del sexo y define los efectos jurídicos derivados de esa inscripción (BOE, Ley 4/2023). En cambio, la norma autonómica se limita a reconocer la identidad de las mujeres trans a efectos de acceso a servicios de protección y atención, sin incidir en los registros. Este razonamiento se alinea con el principio de efectividad de los DDFF, que exige interpretar las normas de modo que no se obstaculice la protección de las personas vulnerables.

El fallo menciona expresamente que la orientación material de la ley catalana es garantizar que ninguna mujer, sea cual sea su identidad de género, quede fuera de los dispositivos de protección frente a la violencia machista (FJ 4). Este enfoque es coherente con el Convenio de Estambul, cuyo artículo 4.3 ordena que las medidas de protección se apliquen “sin discriminación alguna, en particular por motivos de identidad de género” (Consejo de Europa, 2011: art. 4.3). A su vez, la CEDAW recuerda que los Estados deben garantizar que las medidas contra la violencia “incluyan a todas las mujeres”, independientemente de su identidad o expresión de género (CEDAW, 2017: párr. 26).

VII. Interpretación conforme y votos particulares

La Sentencia 44/2024 no fue adoptado por unanimidad. En ella formularon votos parti-

culares los magistrados María Luisa Balaguer Callejón y Enrique Arnaldo Alcubilla, que, aunque comparten el sentido general del fallo, discrepan de su técnica decisora. Los magistrados consideran que el dictamen debió aplicar la herramienta de la interpretación conforme con la Constitución, especialmente respecto de los artículos 1 a 3 de la Ley catalana 17/2020, con el fin de eliminar posibles equívocos y dotar de mayor seguridad jurídica al texto autonómico.

El voto particular subraya que la resolución opta por declarar constitucionales sin matices los preceptos relativos a la definición del sujeto protegido y del consentimiento sexual, pese a que la literalidad de algunos pasajes de la Ley 17/2020 podrían inducir a confusión en su proyección sobre al ámbito penal. En palabras de los magistrados disidentes, “hubiera sido más prudente que el Tribunal precisara que los artículos 1 a 3 son constitucionales en la medida en que su aplicación se entienda limitada al ámbito administrativo, asistencial y preventivo de las políticas públicas autonómicas”.

Su razonamiento parte de la idea de que la interpretación conforme (prevista por la doctrina constitucional desde la STC 11/1981) permite mantener la validez de una norma evitando la nulidad total, siempre que sea posible entenderla de un modo compatible con la Constitución. Balaguer y Arnaldo sostienen que el órgano constitucional debió haber acudido expresamente a esta técnica, pues de ese modo habría despejado las dudas sobre una eventual proyección penal o registral de los preceptos autonómicos. Tal y como afirman, la lectura conforme habría permitido salvar la validez de la norma sin generar incertidumbre sobre su alcance ni sobre los efectos prácticos en materias reservadas al Estado.

En este sentido, recuerdan que el artículo 1 de la Ley 17/2020 amplía el concepto de mujer protegida a “mujeres, niñas y adolescentes transgénero”, lo cual podría entenderse como una redefinición del sujeto pasivo de la violencia de género en el ámbito penal. Para evitar esta posible confusión, proponen que el fallo expresase que “la condición de víctima protegida por la ley autonómica no altera el concepto de mujer que utiliza el Código Penal ni modifica los efectos jurídicos de la mención registral del sexo”.

La magistrada Balaguer Callejón, en su voto particular concurrente, añade que el Tribunal debió hacer un esfuerzo por ofrecer una interpretación “garantista e integradora” del texto, que reconozca la legitimidad de las políticas públicas autonómicas sin poner en riesgo la seguridad jurídica. Afirma que la técnica de adecuación constitucional no es una concesión retórica, sino una exigencia derivada de la función de cierre constitucional del Alto Tribunal, que ha de ofrecer al legislador y a los operadores jurídicos la orientación necesaria para evitar dudas sobre la aplicación práctica de las normas.

En cambio, la mayoría del Tribunal prefirió no introducir interpretaciones condicionadas y limitarse a la declaración de constitucionalidad lisa y llana de los preceptos. Este enfoque se explica, según el propio texto del fallo, por la voluntad de respetar el margen de configuración autonómico en materias de política social y de igualdad (FJ 3 B). La mayoría estimó que la Ley 17/2020 no contenía ambigüedades suficientes para justificar una interpretación conforme y que sus efectos jurídicos eran claramente administrativos y no penales.

VIII. Conclusiones

La STC 44/2024 representa un hito relevante dentro de la jurisprudencia constitucional española en materia de igualdad, violencia machista y reparto competencial. A través de ella, el Tribunal Constitucional consolida una doctrina de cooperación y complementariedad entre el Estado y las Comunidades Autónomas, reafirmando que la mera coincidencia material entre una norma autonómica y un ámbito competencial estatal no implica, por sí sola, invasión competencial. Lo decisivo es la finalidad y los efectos reales de la norma.

El fallo marca además una línea interpretativa clara: las comunidades autónomas pueden definir políticas y conceptos operativo en materia de igualdad y prevención de la violencia, siempre que no modifiquen el contenido de los tipos penales ni afecten a derechos reservados a ley orgánica. Esta delimitación flexible pero rigurosa refuerza el carácter transversal y dinámico de las políticas públicas de igualdad, permitiendo su desarrollo sin romper la unidad del marco legal estatal.

En una valoración más sustantiva, la sentencia acierta al reforzar un modelo cooperativo que permite a las comunidades autónomas diseñar políticas de igualdad más completas y sensibles a realidades sociales diversas. Sin embargo, la decisión también deja entrever ciertos límites que pueden generar incertidumbres futuras: la renuncia expresa a una interpretación conforme evita conflictos inmediatos, pero no resuelve del todo las posibles fricciones que puedan surgir cuando los conceptos autonómicos (por ejemplo, los relacionados con consentimiento o nuevas formas de violencia) aterricen en ámbitos asistenciales estrechamente conectados con políticas sanitarias, protocolos de actuación o derivaciones clínicas. El Alto Tribunal protege el espacio autonómico, pero lo hace a costa de dejar abierta una zona gris que, en contextos de intervención sanitaria, requiere especial claridad.

Desde la perspectiva del derecho a la salud, el fallo tiene implicaciones relevantes. La ampliación del sujeto protegido y el reconocimiento de nuevas manifestaciones de violencia machista permitirán, si las comunidades autónomas despliegan bien sus competencias, una respuesta más integral y accesible en los servicios de salud, donde la detección y atención temprana sigue siendo un reto estructural. Como señala Alicia Ely Yamin, aplicar un enfoque basado en derechos exige afrontar las causas estructurales, no solo remedios técnicos a corto plazo (Ely Yamin, 2013). No obstante, la sentencia también invita a reflexionar sobre la necesidad de reforzar la coordinación entre normas estatales y autonómicas para evitar que la diversidad de categorías conceptuales termine generando desigualdades territoriales en la atención sanitaria a víctimas. En definitiva, el fallo avanza en la buena dirección al consolidar un marco abierto y cooperativo, pero exige al legislador y a las administraciones un esfuerzo adicional para que la ampliación competencial se traduzca en mejoras reales en la salud, seguridad y bienestar de las mujeres.

Referencias bibliográficas

- Balaguer Callejón, M. L. (2022). *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. https://www.boe.es/biblioteca_juridica/

abrir_pdf.php?id=PUB-PB-2022-252

- Constitución Española. (1978). Boletín Oficial del Estado, 311, de 29 de diciembre de 1978. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>
- Consejo de Europa. (2011). *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica*. <https://rm.coe.int/1680462543>
- Consejo General del Poder Judicial. (2021). *Informe del CGPJ sobre el anteproyecto de Ley Orgánica de garantía integral de la libertad sexual*. Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 25 de febrero de 2021.
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. (1979). Ratificado por España el 16 de diciembre de 1983. Boletín Oficial del Estado, 69, de 21 de marzo de 1984. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1984-6749>
- González Alonso, A. (2024). Violencia de género y solapamientos competenciales entre el Estado y las Comunidades Autónomas. <https://doi.org/10.57645/20.8080.01.21>
- Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI. Boletín Oficial del Estado, 51, de 1 de marzo de 2023. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2023-5366>
- Ley 5/2008, de 24 de abril, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Boletín Oficial del Estado, 131, de 30 de mayo de 2008. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-9294>
- Ley 17/2020, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 5/2008, del derecho de las mujeres a erradicar la violencia machista. Boletín Oficial del Estado, 11, de 13 de enero de 2021. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2021-464>
- Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos. Boletín Oficial del Estado, 154, de 28 de junio de 2002. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2002-12756>
- Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña. Boletín Oficial del Estado, 172, de 20 de julio de 2006. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-13087>
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Boletín Oficial del Estado, 281, de 24 de noviembre de 1995. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444>
- Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual. Boletín Oficial del Estado, 215, de 7 de septiembre de 2022. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-14630>
- Mangas Martín, A. (2007). *Cincuenta años de Igualdad de Trato entre Mujeres y Hombres en la Unión Europea: Balance*.
- Naciones Unidas. (2017). *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 133/2006, de 27 de abril. Boletín Oficial del Estado, 125, de 26 de mayo de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2012, de 17 de octubre. Boletín Oficial del Estado, 274, de 14 de noviembre de 2012. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2012-14059>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2018, de 19 de julio. Boletín Oficial del Estado, 199, de 17 de agosto de 2018. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2018-11698>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2019, de 18 de julio. Boletín Oficial del Estado, 192, de 12 de agosto de 2019. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2019-11911>
- Sentencia del Tribunal Constitucional 100/2020, de 22 de julio. Boletín Oficial del Es-

tado, 220, de 15 de agosto de 2020. https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2020-9788

- Sentencia del Tribunal Constitucional 44/2024, de 12 de marzo. Boletín Oficial del Estado, 99, de 23 de abril de 2024. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2024-8187>

Ely Yamin, A. (2013). *From ideals to tools: applying human rights to maternal health*. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24223525/>

- Villacampa Estiarte, C. (2023). La violencia contra las mujeres por honor y su tratamiento jurídico en España. <https://doi.org/10.15304/epc.43.9016>

- Maqueda Abreu, M.L. (2006). *La violencia de género: entre el concepto jurídico y la realidad social*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1433708>

Integrando Lagunas Jurídicas: La Analogía con la Adopción Internacional como Solución para la Protección del Menor en la STS 1141/2024

Bridging Legal Voids: How Analogy to International Adoption Became a Tool for Child Safeguarding in STS 1141/2024

Juan Asanza Parra¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)65](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)65)

Comentario a

STS 1141/2024, de 17 de septiembre
Tribunal Supremo Español, Sala de lo Civil

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El Tribunal Supremo, en la resolución STS 1141/2024, autoriza a una pareja a sustituir la mención del lugar de nacimiento en su inscripción por el de su domicilio en Barcelona. Sucede que, el niño había nacido en Kiev (Ucrania) fruto de gestación subrogada aun si sus padres residían en la ciudad española. La sentencia aplica por analogía la normativa de la adopción internacional, considerando que la mención de un lugar de nacimiento remoto y sin vinculación familiar revela el origen adoptivo y la naturaleza sensible del mismo, lesionando el derecho a la intimidad y el libre desarrollo de la personalidad del menor. Frente a una interpretación rígida de la fe pública registral, el Tribunal prioriza el interés superior del niño, ponderando la protección de su identidad y su integración familiar y social. Este fallo, si bien resuelve un vacío legal de manera garantista, evidencia la tensión entre la realidad social emergente y el marco normativo actual; poniendo de manifiesto la necesidad de que el legislador aborde la regulación de la gestación subrogada con urgencia para ofrecer seguridad jurídica.

¹ Estudiante de 2º curso del Doble Grado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas en la Universidad Autónoma de Madrid.

Mail. jasanzaparra@gmail.com. Nro de ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7989-4679>.

ABSTRACT

The Spanish Supreme Court's ruling STS 1141/2024 establishes that parents may register their family home in Barcelona as their child's place of birth, despite the child being born through surrogacy in Kiev. The Court extended provisions from international adoption law through analogous application, recognizing that disclosing a foreign birthplace could reveal sensitive information about the child's origins and adoptive status, thus infringing upon their right to privacy and personal development. While acknowledging the principle of accuracy in civil registry, the decision ultimately prioritizes the child's best interests, emphasizing protection of identity and social integration. This landmark resolution addresses a legal void concerning surrogacy's consequences, though it simultaneously reveals the pressing need for comprehensive legislation to properly regulate surrogacy arrangements and provide consistent legal protection.

PALABRAS CLAVE: Adopción Internacional; Buena fe registral; Derechos de la mujer; Gestación Subrogada; Interés superior del menor.

KEYWORDS: International Adoption; Best interests of the child; Reliability of the Public Register; Surrogacy; Women's rights

I. Introducción

La gestación subrogada representa uno de los desafíos jurídicos más complejos del Derecho de Familia contemporáneo, situándose en la intersección entre el desarrollo de las técnicas de reproducción asistida, los derechos fundamentales de las personas involucradas y la protección del interés superior del menor. En España, si bien el artículo 10 de la Ley 14/2006 sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida declara expresamente la nulidad de los contratos de gestación subrogada, la realidad social demuestra que numerosas familias españolas recurren a esta práctica en países donde resulta legalmente admitida, generando situaciones que el ordenamiento jurídico nacional debe afrontar desde una perspectiva garantista.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1141/2024, de 17 de septiembre, constituye un hito relevante en esta materia al abordar una cuestión registral de especial sensibilidad: la modificación del lugar de nacimiento de un menor nacido mediante gestación subrogada en el extranjero. El caso gira en torno a la solicitud de una pareja residente en Barcelona de sustituir la mención de Kiev —ciudad donde nació el niño— por su domicilio familiar en España, argumentando que la revelación de un lugar de nacimiento remoto y sin vinculación con los padres expone públicamente tanto el carácter adoptivo de la filiación materna como las circunstancias sensibles del origen del menor, vulnerando así su derecho a la intimidad personal y familiar.

Lo novedoso de esta resolución radica en la aplicación analógica de la normativa sobre adopción internacional a un supuesto no expresamente contemplado por la ley, utilizando el artículo 4.1 del Código Civil como herramienta de integración jurídica frente a una laguna legal. El Tribunal Supremo, mediante una ponderación entre el principio de fe pública registral y la protección de los derechos fundamentales del menor, prioriza el interés superior de este último, reconociendo que el Registro Civil no puede ser una fuente de vulneración de derechos cuando existen medios jurídicos para evitarlo.

El presente comentario analiza los fundamentos jurídicos de la sentencia, examinando tanto sus aciertos doctrinales como los aspectos cuestionables que plantea. Se valora especialmente la técnica de la analogía como mecanismo de integración jurídica, el alcance del principio del interés superior del menor en contextos de vacío normativo, y las tensiones que genera esta solución jurisprudencial entre la necesidad de proteger derechos fundamentales y la prohibición legal de la gestación subrogada. Asimismo, se reflexiona sobre las consecuencias que esta doctrina puede proyectar en futuros casos análogos y sobre la urgente necesidad de que el legislador ofrezca una respuesta normativa integral que dote de seguridad jurídica a todas las partes involucradas en estos procesos.

II. Explicación del caso

1. Antecedentes de hecho

Los hechos a tratar orbitan sobre la mención del lugar de nacimiento en el Registro Civil de un menor que nació por gestación subrogada en Kiev, Ucrania. Del mismo, se deriva una inscripción de nacimiento, realizada en el Registro Civil consular de Kiev, que reconoce la filiación biológica parental respecto de D. Luís María, y la filiación biológica materna respecto de la mujer gestante.

El padre biológico y su esposa, D^a Flora, quien resultaría madre adoptiva, requirieron ante el Registro Civil un cambio de filiación. En este sentido, pretendían el reconocimiento de la filiación adoptiva respecto de D^a Flora, el traslado de la inscripción de nacimiento y la modificación del lugar de nacimiento para que figure en dicha mención el domicilio de los padres, situado en Barcelona, España. Ante todas estas solicitudes el Registro Civil de Barcelona inscribió la filiación materna adoptiva y trasladó la inscripción, pero denegó modificar el lugar de nacimiento. En consecuencia, en la inscripción seguiría constando que el lugar de nacimiento del menor, sito en Kiev.

Los padres del niño recurrieron en apelación la resolución ante la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (de ahora en adelante DGSJFP). Sin embargo, el recurso fue desestimado al no considerarse como un supuesto de adopción internacional, por lo que, valorando la negativa, los requirentes impulsaron un juicio verbal de oposición a dicha resolución el 4 de julio de 2022. El Juzgado de Primera Instancia desestimó el recurso. Ante ello, los accionantes recurrieron en segunda instancia la sentencia anterior, donde la Sección Decimosegunda de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó de nuevo el recurso bajo los mismos argumentos, añadiendo la falta de una laguna jurídica como impedimento para aplicar la analogía en este supuesto.

2. Posición y pretensiones

La pretensión de los padres, en definitiva, se circunscribe a que conste, como lugar de nacimiento del menor, el domicilio de sus padres situado en Barcelona —y no Kiev—, debido a que revelar innecesariamente su origen suponía dar publicidad a la condición adoptiva de su filiación. Consideran que ello vulneraba el derecho del menor a la intimidad personal y familiar, elevados desde el art. 18 de la Constitución Española (CE). Además, entendían que la rectificación del lugar de nacimiento era una medida de protección de los derechos fundamentales del menor; que emana de la negativa de la Administración por la que se vulnera el interés superior del menor en base al art. 39 CE y al art. 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Por estas razones, los recurrentes sostienen que se ha infringido el art.

4 CC al no permitir la aplicación analógica de los preceptos referidos a los supuestos de adopción internacional, qué sí permiten modificar el lugar de nacimiento, pero que excluye supuestos análogos donde el menor ha nacido en el extranjero y luego ha sido adoptado judicialmente en España.

Frente a esta postura, la pretensión que se contrapone en los diversos procesos, es decir, primero la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP) y, con posterioridad, la Audiencia Provincial de Barcelona, mantuvo su negativa a rectificar el dato registral. Su posición rechaza la interpretación extensiva de “aquellos supuestos prohibidos por la ley”, debido a que ello implica reconocer una institución que es contraria al orden público. En el mismo sentido, la Audiencia Provincial, añade que para poder invocar el art. 4, es imperativo la existencia de un supuesto no regulado por ley, y que la prohibición de un supuesto implica que se encuentra regulado por el ordenamiento, negando cabida alguna a la aplicación por analogía en supuestos de gestación subrogada. Por consiguiente, se deduce que la alteración de hechos objetivos recogidos bajo fe registral, no puede llevarse a cabo en mor de intereses subjetivos. En definitiva, consideran que el derecho a la intimidad no autoriza la modificación.

En conclusión, el Registro Civil determina que, dado que no existe un componente internacional y no hay una base legal para cambiar el lugar de nacimiento en casos de adopciones nacionales, no es posible realizar la modificación solicitada.

III. La gestación subrogada, una forma cada vez más común de ser madre.

El fenómeno de parejas españolas acudiendo a terceros países para realizar gestaciones subrogadas —pues sus ordenamientos lo permiten— es cada vez más frecuente; pero ello no deja de levantar polémicas morales, sociales y de derecho. En este sentido, la gestación subrogada, protagoniza uno de los grandes debates tanto en España como en otros países, pues esta cuestión no solo es problemática para nuestro ordenamiento. Esta práctica se lleva a cabo desde la década de 1970, con la aparición de las técnicas modernas de reproducción asistida, y ha traído consigo este gran debate ético y jurídico sobre las facilidades que conllevan para la solución del problema de la esterilidad.

La gestación subrogada, también denominada maternidad subrogada o gestación por sustitución, consiste en que una mujer (gestante) consiente en llevar a cabo la gestación, por acuerdo o contrato, y se compromete a entregar el nacido a otra persona o pareja (comitentes o padres de intención).

Las situaciones más comunes que preceden a una gestación subrogada hacen germinar dudas sobre si se está produciendo un cambio social que el Derecho debería asimilar. Ya hemos visto intentos de regular la gestación subrogada como derecho, en específico la propuesta de Ley del grupo Ciudadanos. Estas situaciones tienen que ver a menudo con la infertilidad, de nacimiento o sobrevenida, de uno de los comitentes, o con las parejas homosexuales.

Una definición muy aceptada de lo que es la gestación subrogada reside en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, —en adelante LTRHA— que la describe como: *“un contrato, oneroso o gratuito, a través del cual una mujer consiente en llevar a cabo la gestación, mediante técnicas de reproducción asistida, aportando o no también su óvulo, con el compromiso de entregar el nacido a los*

comitentes.”

En esta línea, el contrato de gestación subrogada que se realiza en el extranjero puede ser lucrativo o altruista, en función de si la gestante recibe una compensación económica por encima de los gastos derivados del embarazo y el parto. Por otra parte, según la relación genética, puede ser una gestación subrogada tradicional (o parcial), donde la gestante aporta su propio óvulo, siendo madre biológica o genética del niño; o como gestación subrogada plena: la gestante no aporta óvulo.

Valorando estas ideas, surgen diferentes teorías sobre el valor de la gestación como vínculo entre madre e hijo y la filiación de la madre biológica (*Semper certa est*). El componente de gestación parece imperar sobre el genético, pero otras teorías afirman que los nuevos avances médicos han deslindado la filiación natural de la filiación jurídica, ya que antes se consideraba una como base de otra.

En este sentido, se argumenta que el contrato de gestación subrogada es un contrato de servicios u obra que garantiza el resultado del nacimiento. Por otro lado, se considera un contrato atípico, carente de una regulación exacta en nuestro ordenamiento; en general, la naturaleza jurídica de este contrato no encaja de forma clara en ninguna de las figuras contractuales típicas.

La validez de estas cláusulas y contratos suscita grandes dudas, ya que la mujer gestante es cosificada y el hijo mercantilizado, reduciendo el embarazo a «una función clientelar» (Arechederra Aranzadi, 2018, p. 313). En nuestro ordenamiento, el contrato de gestación subrogada es nulo y se considera que vulnera el orden público al producir una situación de injerencia en los derechos fundamentales tanto de la madre gestante como del menor. Es así como la nulidad se fundamenta en la ilicitud de su causa o de su objeto (artículos 1271 y 1275 del Código Civil) al considerar que no se puede distinguir la gestación de la maternidad. De esta forma, la capacidad generativa de la mujer es indisponible y constituye un objeto fuera del comercio (*res extra commercium*).

En conclusión, la gestación subrogada es una realidad compleja que plantea profundos desafíos jurídicos, éticos y sociales. En España está prohibida, pero el legislador no se encuentra solo a la hora de crear normas, en otros países existe una regulación plena o parcialmente permisiva con estas prácticas, y las nuevas tecnologías auguran, más allá de los desafíos que ya han creado, nuevos retos en este campo. Sin embargo, como se puede apreciar en esta sentencia, los efectos de los contratos realizados en el extranjero también deben de ser considerados, y en muchos casos son reconocidos bajo ciertas condiciones, a través de las instrucciones de la DGNR, pues puede dar lugar a situaciones que merecen una protección más allá de la nulidad del contrato. Todo ello ha creado una situación de “desbordamiento de los límites biológicos de la filiación” (Aldaz, 2013, pp. 96) que fomenta el fenómeno del “turismo reproductivo”, cada vez más frecuente.

IV. Fundamentos Jurídicos del Tribunal

1. Doctrina Previa

La sentencia del 17 de septiembre de 2024 puede relacionarse con anteriores decisiones que ha tomado el Tribunal, pues sigue la línea de sus propios argumentos. La gestación subrogada y sus efectos sobre el orden público, los derechos fundamentales y el derecho

registral han dado lugar a un distendido conjunto de jurisprudencia que vamos a intentar resumir en lo más esencial para entender la situación previa a nuestra sentencia.

El art. 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida 14/2006 declara como nulo el contrato de gestación subrogada; a estos efectos, la sentencia 835/2013 de 6 febrero de 2014 falla a favor de la cancelación de la inscripción de la filiación de dos menores nacidos tras la celebración de un contrato de gestación por considerarlo incompatible con el orden público. Así, el Supremo remarca que nuestro derecho no acepta que «los avances en las técnicas de reproducción humana asistida vulneren la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, "cosificando" a la mujer gestante y al niño, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de "ciudadanía censitaria" en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población» (STC 835/2014). Aquí el Tribunal centra la problemática sobre la necesidad de proteger, ante todo, la dignidad de la mujer, haciendo nula toda filiación que parta de un contrato de gestación subrogada por ir contra el orden público.

Esta posición es reforzada en STS 277/2022, donde se reafirma que la filiación no puede ser adquirida en base a un contrato de gestación subrogada y que solo el interés preferente del menor no sirve para validar un contrato nulo; sin embargo, el Tribunal remarca con su razonamiento que debe protegerse el interés de los menores por las vías lícitas existentes, como la adopción o la filiación biológica.

En esta misma línea transcurre la sentencia 1626/2024: la protección del menor no puede lograrse por las consecuencias del contrato de gestación por sustitución, pues este atenta contra la dignidad de la gestante y del menor (arts. 10 y 15 CE). No obstante, el propio Tribunal señaló que la protección del menor debía garantizarse por medios jurídicos lícitos, como la adopción. La STS 1141/2024 aplica precisamente esta lógica: sin cuestionar la nulidad del contrato, reconoce efectos jurídicos posteriores orientados a salvaguardar la intimidad y el interés superior del menor.

Asimismo, la sentencia se alinea con la doctrina constitucional asentada por la STC 197/1991, que reconoce la intimidad del adoptado como ámbito de protección constitucional, y con el criterio jurisprudencia que interpreta el orden público en clave favorable al menor.

2. La interpretación analógica como herramienta de integración de lagunas

El núcleo de la argumentación del Tribunal Supremo en esta sentencia revolucionaria reside en la aplicación del artículo 4.1 del Código Civil como mecanismo para colmar una laguna legal que dejaba en una situación de desprotección a un menor.

La analogía es el instrumento que permite la autointegración de las leyes y del ordenamiento jurídico. Y es que, si bien la ley puede presentar lagunas, el ordenamiento no, pues se entiende como un sistema completo, que puede acudir a sus propios elementos para colmar vacíos dejados por la ley. Para que la analogía *legis* pueda operar, es imprescindible que el operador jurídico encuentre otro supuesto de hecho similar que sí disponga de regulación, y requiere una serie de requisitos: la existencia de una laguna

legal; que entre los supuestos exista una *eadem ratio* («identidad de razón»), de modo que encontremos una norma que ha sido pensada para un supuesto semejante, y que esta semejanza sea objetiva y que la norma de referencia tenga capacidad extensiva, es decir, no se excluya la capacidad de aplicar sus preceptos por analogía, como es el caso de las normas penales, temporales y la de policía. (*Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona 4a Edición, 2022*, pp. 69-70).

El caso concreto trata de una pareja que recurre a la gestación subrogada en un país extranjero donde la práctica es lícita. Con el nacimiento del niño, se solicitó la inscripción en el Registro Civil español, siendo esta autorizada. Sin embargo, se solicitaba también la modificación del lugar de nacimiento en el Registro Civil, sustituyendo el lugar donde realmente nació el menor, por el domicilio familiar en España, con el objetivo de garantizar la integración del niño en su entorno social y proteger su privacidad.

Como se puede comprobar en los propios argumentos del Tribunal, no existe una falta absoluta de regulación, sino la “no previsión por la misma de un supuesto determinado” para casos de adopción internacional por gestación subrogada. En este caso, la laguna consiste en que la Ley del Registro Civil solo permite la modificación del lugar de nacimiento por el domicilio de los padres en los supuestos de adopción internacional, pero no se prevé una situación donde se da la condición de extranjería y la adopción nacional, sin desplazamiento alguno.

Valorando estas ideas, el Tribunal Supremo, haciendo uso del ya mencionado art. 4.1 CC, extiende el ámbito de aplicación de estos preceptos —cuya aplicación análoga se evalúa (artículos 16.3 y 20.1 de la Ley del Registro Civil)— más allá de la adopción internacional. En concreto se extiende a todo supuesto donde se quiera evitar dar publicidad a una “circunstancia reveladora” sobre el carácter adoptivo menor, como bien concreta la resolución del 31 de octubre de 2005 de la DGNR. En este sentido, el Tribunal considera que el nacimiento en un lugar remoto —lugar con el que los padres no guardan ninguna conexión— brinda el carácter adoptivo de la filiación, y no la condición de adopción internacional; esto supone una interpretación extensiva de los elementos de la adopción internacional.

Para entender el razonamiento del Tribunal, es necesario tener constancia del alcance que se quiere establecer a la adopción internacional en la Ley 54/2007 sobre Adopción Internacional (en adelante, LAI). Para empezar, “esta es una ley social, que debe abarcar las distintas áreas del derecho, afecta a una realidad social cambiante, y por todo ello debe ser una ley abierta y de interpretación flexible, adaptable a la realidad, y capaz de comprender fenómenos multiculturales” (Caravaca & González, 2010, pp. 73-139). En base a esta reflexión, se sustrae la razón de ser de la norma: la Ley de Adopción Internacional está redactada de manera que no puede prever todos y cada uno de los casos concretos y problemas que surgirán en la realidad; por tanto, la ley confía en que los jueces y tribunales serán quienes, interpretando el espíritu de la ley y no solo de su texto literal, encuentren soluciones justas y efectivas para cada situación. Este proceso de interpretación no será fácil ni único, sino que será un esfuerzo considerable, adaptándose a los nuevos retos que presenten las adopciones internacionales.

Por lo demás, no es difícil afirmar que el concepto de adopción en el ámbito de la LAI es bastante amplio y flexible, en atención al interés del menor y, por consiguiente, a la

defensa y promoción de los derechos del menor. Siguiendo esta línea, surge una propuesta amplia de interpretación, “tanto desde el punto de vista del concepto de adopción internacional, tanto desde el punto de vista del segundo término, «internacional», lo que significa que la ley es aplicable a todas las adopciones en las que se dé la presencia de algún elemento no español”. (Garrido Chamorro, 2015, p. 82)

3. El interés superior del menor.

La protección del menor ocupa un lugar primordial en el derecho internacional, consagrándose como principios rectos que los Estados plasman desde su tradición jurídico-constitucional. Este marco protector se configura en el art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño de la ONU y en el artículo 8 de la Convención de Derechos Humanos de 1950.

De igual forma, el artículo 39.2 de la Constitución Española reconoce que cada menor tiene el derecho a tener su propia identidad, de manera que el derecho de los padres biológicos no sea reconocido como principio absoluto cuando se trata de adoptar medidas de protección respecto de un menor. La adecuación al interés del menor es así, el punto de partida y el principio en que debe fundarse toda la actividad que se realice en torno a la defensa y a la protección del menor. Las medidas que deben adoptarse respecto del menor son las que resulten más favorables para el desarrollo físico, intelectual e integración social del menor (Arechederra Aranzadi, 2018, p. 148).

El Tribunal sigue este criterio hermenéutico fundamental: mientras las instancias anteriores se habían centrado en la legalidad de la gestación subrogada, el Tribunal Supremo desplaza el foco de atención hacia la protección efectiva del menor concreto ya existente. La Sala entiende que, con independencia de la licitud o ilicitud del procedimiento de gestación, una vez constituida legalmente la filiación, el ordenamiento debe garantizar al menor el pleno disfrute de sus derechos fundamentales. Esta interpretación se alinea con el carácter primordial que los Tratados Internacionales, especialmente, el ya mencionado, artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

A. Derecho a la Intimidad Personal y Familiar

El Derecho a la intimidad personal y familiar también cobra un papel principal en el análisis del Tribunal Supremo. En concreto, el Tribunal realiza una interpretación expansiva de este derecho —en armonía con el artículo 8 CEDH— reconociendo que el ámbito de la intimidad comprende la filiación, y muy en particular la identificación del origen del adoptado. En el caso concreto, el Registro Civil marcaba con Kiev el lugar de nacimiento, por lo que el matrimonio busca cambiar el registro para que aparezca su domicilio —en Barcelona— como lugar de nacimiento. Ello es un dato revelador de dos circunstancias especialmente sensibles: por un lado, el carácter adoptivo de la filiación materna, y por otro, el hecho de que el nacimiento se produjo de una gestación subrogada, pues Kiev es un lugar remoto que no guarda ninguna conexión con la pareja. Es así como la publicidad de dicho dato supone una injerencia injustificada en la esfera más privada del menor y su familia, que conecta con el libre desarrollo de la personalidad.

B. Derecho al Libre Desarrollo de la Personalidad

La sentencia conecta inteligentemente el derecho a la intimidad con el desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10.1 CE. Nos encontramos, por tanto,

ante un “valor consagrado constitucionalmente, cuyo desarrollo debe comprender la posibilidad de decidir sobre su vida sin interferencias ajenas” (Balaguer Callejón, 2017, p. 112). La Sala comprende que el conocimiento público de circunstancias tan íntimas como el origen biológico y el modo de acceso a la filiación puede condicionar el proceso de construcción identitaria del menor. La exposición constante a través de documentos oficiales podría generar una situación de vulnerabilidad social que afectaría al desarrollo de su personalidad. La protección de estos datos es vital para que el menor pueda desarrollar con autonomía y sin etiquetas de origen su personalidad.

C. Discusión

Como vemos, el libre desarrollo de la personalidad en relación con la gestación subrogada presenta dos dimensiones controvertidas. Por un lado, se discute si este principio ampara la autodeterminación de la mujer para decidir sobre su capacidad reproductiva, aunque parte de la doctrina cuestiona que exista una verdadera autonomía cuando media un contrato que puede instrumentalizar el cuerpo femenino. Por otro lado, se examina si el derecho a formar una familia incluye un supuesto derecho a la procreación biológica que obligue al Estado a garantizar su cumplimiento, cuestión que resulta problemática cuando para satisfacer dicho deseo se afectan derechos de terceros, especialmente de mujeres y menores, aunque a ojos de otros ordenamientos ello esté permitido (Barranco Dos Santos, 2024, pp. 77-106).

De esta forma, se puede concluir que el ordenamiento jurídico debe proteger las decisiones libres en materia reproductiva, pero sin perder de vista los límites que imponen la dignidad humana y la protección de los menores en específico. Esta perspectiva es plasmada en la STS 1141/2024, aplica el principio del interés superior del menor para resolver las consecuencias registrales derivadas de esta práctica: La argumentación del tribunal demuestra la posibilidad de interpretar de manera flexible principios el orden público y la norma registral para evitar situaciones de desprotección, tomando como criterio hermenéutico el interés superior del menor, pero esto no está libre de controversias.

4. La función del Registro Civil entre la fe pública y la protección de datos sensibles

El principio de fe pública registral constituye uno de los pilares esenciales del sistema registral español. Según este principio, el Registro Civil garantiza la veracidad y autenticidad de los hechos inscritos, otorgando certidumbre jurídica a las situaciones relativas al estado civil de las personas. Dice así, el artículo 1 de la Ley del Registro Civil 20/2011, de 21 de julio, que su finalidad es “*la constancia oficial del estado civil y de los demás hechos inscribibles*”, subrayando su función de seguridad jurídica y publicidad.

En nuestro contexto específico del caso resuelto por la STS 1141/2024, este principio ha sido de especial relevancia en las divagaciones del Tribunal Supremo. El Registro Civil de Barcelona deniega inicialmente la modificación del lugar de nacimiento ateniéndose a este principio de fe pública, en una interpretación estricta. Argumentó que esta posibilidad solo estaba prevista para los supuestos de adopción internacional, no siendo aplicable a este caso al tratarse de una adopción nacional.

La tensión en este caso residía en que la inscripción veraz del lugar de nacimiento —Kiev, Ucrania— actuaba como un dato revelador no solo del carácter adoptivo de la filiación materna, sino de las circunstancias especialmente sensibles del origen del menor. De

esta forma, entra en conflicto normativo la exactitud registral como garantía de la fe pública y la protección de datos sensibles del menor relativos a su origen.

La solución del Tribunal Supremo no supone una vulneración del principio de fe pública, al permitir la modificación del registro, sino una ponderación entre los límites de dicho principio con los derechos fundamentales, que son de especial relevancia al tratarse de un menor de edad. Tal y como reconoce esta sentencia, la función del Registro Civil no puede reducirse a la mera constatación objetiva de hechos, sino también como una herramienta que facilite la integración social y familiar de los menores. De esta forma, el Registro Civil juega también un papel fundamental en la protección del derecho a la identidad e intimidad; por lo que no se debe atener siempre a la existencia de una base legal que permita realizar modificaciones o apreciaciones sobre el estado civil de las personas. Además, hay que recordar que la inscripción en el Registro Civil está ligada a una serie de requisitos, que se vuelven más estrictos para los casos de adopción internacional, con la intención de garantizar al máximo no encubrir el posible tráfico de menores. Estos requisitos detallados en la LAI establecen el control de legalidad de las adopciones constituidas en el extranjero, según el art.26, —que exige no vulnerar el orden público español, que la autoridad extranjera fuera competente según su propio Derecho y el que sea constatada de acuerdo con las normas del país de origen— o un certificado de idoneidad en determinados casos entre otros. Es por ello que el reconocimiento de la adopción internacional está plagado de requisitos competenciales y materiales que, de no concurrir todos, puede hacer que sea denegada (Calvo Caravaca, 2008, p. 14).

5. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La cuestión de la identidad y nacionalidad de los menores nacidos mediante este método plantea desafíos legales y éticos. En tal sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) arroja la idea de soberanía nacional bajo aquellos puntos donde no existen un consenso claro; es decir, los Estados gozan de un sustancial margen de apreciación al decidir qué es necesario en una sociedad democrática (Jiménez Muñoz, 2018, p. 47), que varía según la tradición jurídico-constitucional de cada Estado; sin embargo, como hemos dicho antes, este amplio margen de apreciación sirve para resolver aquellas situaciones donde no hay un consenso, un panorama muy frecuente puesto que se tratan temas morales o éticos sensibles. Pero, por otra parte, los asuntos sobre los que exista un mayor consenso permitirán restringir ese margen, pues las concepciones de los Estados son diversas, pero deben confluir sobre unos principios comunes, que son los intereses superiores del menor y el *favor filii*.

Bajo esta misma óptica, el TEDH considera la filiación un aspecto esencial de la identidad de los individuos cuando nos referimos a la relación legal paterno filial; lo que conlleva reducir el margen de apreciación y a ponderar entre los intereses del Estado y los afectados directamente por el contrato de gestación subrogada. Esta conexión lleva al Tribunal a sostener la existencia de un derecho a la “propia identidad” como una base esencial del derecho al respeto de la vida privada (Barranco Dos Santos, 2024, p. 101); por lo que la falta de reconocimiento del menor podría llevar a una violación de sus derechos humanos, en particular los referidos a una vida familiar y a una identidad propia.

No obstante, a la vista de estas resoluciones, el TEDH no se ha pronunciado sobre los contratos de maternidad subrogada y evade esta función, pues no puede sustituir a las autoridades nacionales; de este modo se ha prescindido de los fuertes vínculos que se

crean durante el embarazo entre la madre gestante y el niño y no se ha dado un pronunciamiento expreso del Tribunal en contra de la maternidad subrogada.

V. Valoración de la doctrina asentada por el Tribunal Supremo y Repercusión

1. Aciertos y avances doctrinales

La sentencia 1411/2024 establece un gran precedente al permitir la modificación del lugar de nacimiento en el Registro Civil Español, un cambio que refleja la prevalencia del interés superior del menor en nuestro ordenamiento. También establece una prioridad clara a la hora de discutir la nulidad de un contrato de gestación subrogada, pues el interés superior del menor no debe justificar esta validez por sí solo, pero siempre se ha de ser consecuente con los casos de desprotección que pueden derivar de estos contratos. El Tribunal realiza una aplicación creativa de la analogía, utilizando el artículo 4.1 del Código Civil para extender las protecciones de la adopción internacional a supuestos que no están recogidos por la norma, en base a la razón de ser de las adopciones internacionales.

Además, se hace una separación conceptual entre la validez de la filiación —pues es constituida mediante medios legales— y la licitud del procedimiento de gestación subrogada. Esta distinción es un gran acierto, ya que permite proteger al menor ya existente sin validar la práctica prohibida.

2. Aspectos Cuestionables

Toda sentencia que se enfrente a una laguna, o cualquier supuesto exigente, siempre toma el riesgo de los tribunales suplan la función del legislador en materias controvertidas (Tena Piazuelo & Blanco Rodríguez, 2021, pp 321-341), ya que la aplicación analógica parece desplazar el papel del legislador, si se excede al realizar esta apreciación. Además, la solución adoptada genera cierta incertidumbre sobre los límites de sus propias conclusiones. Lo que nos hace cuestionarnos: ¿Se aplicaría esta interpretación extensiva a cualquier nacimiento en el extranjero que revele circunstancias sensibles?, ¿qué criterios determinan cuando el lugar de nacimiento es “revelador”? o ¿No se podría estar creando una categoría jurídica indeterminada? Por último, la sentencia elude un análisis sobre cómo conciliar esta solución con la declaración de nulidad de los contratos de gestación subrogada; en primer lugar, para positivar estos contratos como legales sería necesario reformar los artículos 10 LTRHA, 1271 y 1275 del Código Civil; y en segundo lugar, faltan argumentos garantistas sobre la constitucionalidad de esta solución, dado que la sentencia STC 28/2024, de 27 de febrero, exige a las resoluciones judiciales que afecten a la construcción de la identidad del menor requieren una motivación reforzada, haciendo indispensable cumplir dicho estándar constitucional a la hora de interpretar.

3. Posibles consecuencias

Las consecuencias de esta sentencia parecen apuntar que tenga un efecto multiplicador, extendiéndose a supuestos análogos la aplicación de criterios flexibles en materia de filiación. La solución jurisprudencial probablemente acelere el debate legislativo sobre la necesidad de regular la gestación subrogada, puesto que es una práctica muy extendida que establece una realidad carente de regulación. Esto genera un debate que orbitará en torno a nuevas cuestiones que quedan abiertas tras el fallo, que deberán resolverse en el futuro, muy relacionadas con las preguntas que suscitan los argumentos de la sentencia (*ver supra*).

4. Visión global

De forma global, la STS 1141/2024 representa un avance significativo en la protección de los derechos del menor, pero su técnica jurídica no está exenta de riesgos. Si bien la solución es ética, la metodología empleada podría generar inseguridad jurídica a medio plazo. Esta inseguridad jurídica evidencia, una vez más, la insuficiencia del marco normativo actual para abordar las nuevas realidades familiares. No obstante, la sentencia logra un equilibrio notable al mantener el principio de fe pública mientras flexibiliza su aplicación cuando entra en contacto con derechos fundamentales del menor, especialmente el derecho a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad.

Todo este recorrido evidencia cómo el Registro civil ha ido evolucionando, ganando un papel más relevante en la integración social, y convirtiéndose en una institución que debe balancear la seguridad jurídica con la protección efectiva de los derechos fundamentales.

VI. Conclusiones

La realidad es que la gestación subrogada está reconocida y aceptada en numerosos estados. Sin embargo, en España, la gestación subrogada sigue siendo un tema polémico y no existen un consenso sobre su regulación. Siendo una práctica mucho más frecuente de lo que se piensa, no se puede negar su repercusión en la sociedad, haciendo cada vez más necesario crear una regulación garantista que proteja los derechos de todas las partes involucradas. Y es que, la gestación subrogada representa una vía alternativa cada vez más normalizada y demandada ante las nuevas concepciones familiares y los problemas de infertilidad.

Esta sentencia subraya la gran importancia que tiene el interés superior del menor, situándolo por encima de los formalismos legales. Es por lo que tendrá implicaciones importantes en la futura regulación de la gestación subrogada en España, al sugerir un enfoque más flexible que se centra en los efectos generados por el contrato y no en la propia nulidad de este. Este desarrollo consolida la idea de una sociedad que cambia a ritmo vertiginoso y rompe con las rigideces del Derecho, exigiendo la adaptación de este a las nuevas realidades, lo que sugiere un papel singular a instituciones como el Registro Civil.

Así pues, la legislación sigue sin mostrar una regulación clara y coherente en torno a la gestación subrogada, y evidencia una gran inseguridad jurídica, que se agrava al redundar en las contradicciones entre la doctrina registral y jurisprudencial, pues actualmente el precedente que es empujado en la resolución de estos casos atiende a los argumentos de la administración registral o de los tribunales, en vez de atender a las razones dadas por el legislador.

Referencias bibliográficas

- Aldaz, M. de A. (2013). *La filiación, entre Biología y Derecho [en línea]*, *Prudentia Iuris*, 76
- Arechederra Aranzadi, L. I. (2018). *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo: La llamada gestación por sustitución* (Primera edición). Thomson Reuters Aranzadi.
- Balaguer, M. L. (2017). *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un Estado Social*.

Cátedra.

- Barranco Dos Santos, M. (2024). Gestación subrogada desde una perspectiva jurídico-constitucional. Un análisis jurisprudencial de los bienes y derechos de valor constitucional afectados. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, 31, 77-106. <https://doi.org/10.24310/rejie.31.2024.18969>
- Calvo Caravaca, A.-L. (2008). Constitución de la adopción internacional en la Ley 54/2007 de 28 de diciembre. *Diario la Ley*.
- Caravaca, A.-L. C., & González, J. C. (2010). Críticas y contracríticas en torno a la Ley 54/2007 de 28 de diciembre, de adopción internacional: El ataque de los clones. *CUADERNOS DE DERECHO TRANSNACIONAL*, 2(1), 73-139.
- *Derecho Civil I Parte General y Derecho de la Persona 4a Edición*. (2022). <https://biblioteca.nubedelectura.com/cloudLibrary/ebook/info/9788411309943>
- Garrido de Palma, V. M. (s. f.). Instituciones de Derecho Privado. *noviembre de 20215, Tomo IV. Familia*. Recuperado 30 de octubre de 2025, de https://legalteca.aranzadilaley.es/my-reader/10006682_00000000_0?fileName=161843182.html&location=pi-35622&anchor=ftnRBIBR2015R12071Rn233&publicationDetailsItem=SystematicIndex
- Jiménez Muñoz, F. J. (2018). Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada. *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad (REDS)*, 12, 42-54.
- Tena Piazuelo, I., & Blanco Rodríguez, J. (2021). *Estudios de derecho privado: Homenaje al profesor Gabriel García Cantero*. Tirant lo Blanch.

Derecho a la Salud y Acceso a la Justicia en el Sistema de Riesgos del Trabajo: una mirada crítica.

A critical view on the Right to Health and access to justice in the occupational risk system

María Victoria Pairone¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)66](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)66)

Comentario a

“Behrens, Roberto Oscar c/ Asociart ART SA s/ accidente – ley especial -CNT 45559/2019/1/RH1-”

Buenos Aires, 5 de noviembre de 2024

Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente fallo analiza la demanda promovida por un trabajador contra la Aseguradora de Riesgos del Trabajo (en adelante ART) por un accidente laboral, habiéndose iniciado la acción judicial sin transitar previamente la instancia administrativa ante las comisiones médicas. En razón de ello, la ART cuestionó la constitucionalidad del rechazo a la obligatoriedad de dicho trámite. La Sala VI de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, mediante la declaración de inconstitucionalidad de los artículos 1 y 2 de la ley 27.348, resolvió habilitar la vía judicial directa. Consideró que el procedimiento administrativo previo vulneraba el principio de juez natural, el acceso a la justicia y el debido proceso, al otorgar facultades jurisdiccionales a órganos administrativos y limitar la revisión judicial. Es que, en el régimen de riesgos del trabajo, la tutela del derecho a la reparación rápida del damnificado ocupa un rol central, dado que se trata de un derecho fundamental que no admite dilaciones injustificadas, sino una protección reforzada con control judicial pleno. Ahora bien, La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (en adelante CSJN) revocó dicha declaración de inconstitucionalidad. Sostuvo que el paso previo, obligatorio y excluyente por las comisiones médicas no afecta garantías constitucionales.

1 Abogada (UNC), Escribana (Universidad Siglo 21), Maestranda en Derecho y Argumentación (UNC), Adscripta de la Cátedra “B” de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de la Facultad de Derecho-UNC; Asistente de Magistrado de la Sala 2, Secretaría 4 de la Cámara Única del Trabajo - Polo Laboral - Poder Judicial de la Provincia de Córdoba, Argentina. Miembro activo de Jóvenes Juristas Laboralistas de la Provincia de Córdoba, dependiente de la Asociación Argentina de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social y de la Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Correo electrónico: mvictoriapairone510@gmail.com / victoria.pairone@mi.unc.edu.ar. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-4977-7837>

ABSTRACT

This ruling analyses the claim brought by a worker against the Occupational Risk Insurance Company (hereinafter ORIC) for an accident at work, the legal action having been initiated without first going through the administrative process before the medical commissions. As a result, the ORIC questioned the constitutionality of rejecting the mandatory nature of this procedure. The Sixth Chamber of the National Labour Appeals Court, by declaring Articles 1 and 2 of Law 27,348 unconstitutional, decided to enable direct judicial proceedings. It considered that the prior administrative procedure violated the principle of natural justice, access to justice and due process by granting jurisdictional powers to administrative bodies and limiting judicial review. In the occupational risk regime, the protection of the right to prompt redress for the injured party plays a central role, as it is a fundamental right that does not allow for unjustified delays, but rather requires reinforced protection with full judicial control. However, the Supreme Court of Justice of the Nation (hereinafter SC) revoked this declaration of unconstitutionality. It held that the prior, mandatory and exclusive step taken by the medical commissions does not affect constitutional guarantees.

PALABRAS CLAVE: Derecho del Trabajo; Ley de Riesgos; Comisiones Médicas; Principios.

KEYWORDS: Labour Law; Risk Law; Medical Commissions; Principles

I. Introducción

El análisis que aquí se expone se centra en la sentencia dictada por la CSJN, en los autos caratulados "*Behrens, Roberto Oscar c/ Asociart ART SA s/ accidente - ley especial*", por la cual se hace lugar a la queja interpuesta por la parte demandada, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. La CSJN vino a consolidar la validez constitucional del esquema instaurado por la ley 27.348, que impone la intervención previa, obligatoria y excluyente por las comisiones médicas jurisdiccionales para canalizar los reclamos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales. El fallo, en línea con precedentes como "Pogonza", afirma que el tránsito por la instancia administrativa no afecta garantías constitucionales, al asegurar revisión judicial suficiente y amplia, celeridad y gratuidad.

Sin embargo, cuando el debate se traslada del plano estrictamente procesal al del derecho a la salud de la persona trabajadora, la pregunta cambia de eje: ya no sólo hay que plantearse si el diseño es constitucionalmente tolerable, sino si es adecuado y justo para quien ha visto afectada su integridad psicofísica en el marco del trabajo.

Entonces, se trata de un caso de especial interés para reflexionar sobre el derecho a la salud de la persona trabajadora. Es que, en el marco de las relaciones de trabajo, diferentes situaciones pueden afectar su estado de bienestar, tanto físico como espiritual. Por ello, cabe preguntarse si tramitar una etapa administrativa previa para la determinación de una incapacidad ocasionada por un infortunio laboral vulnera su derecho al acceso a la justicia y, en particular, si vulnera el derecho a la salud de los trabajadores que sufren contingencias laborales. Por otro lado, las distintas decisiones que tomaron los tribunales permite analizar la interpretación literal de la ley frente a otros métodos interpretativos que pueden llegar a soluciones disímiles, como fue la decisión de la instancia previa ante la Cámara.

En cuanto a su regulación, el sistema protectorio de la salud del empleado se integra por un *corpus iuris* que incluye, dentro de sí, diferentes normas tendientes a garantizar un equilibrio en la restauración de su salud. En este sentido, se ha dicho que “El régimen especial de reparación de los daños causados por los riesgos del trabajo no se encuentra ceñido a una ley. Lo conforman, por el contrario, una pléyade de disposiciones que se hallan en diversos cuerpos normativos, dictados sucesivamente para acumularse. A ello se adunan las múltiples reglamentaciones que corresponden a cada uno. El sistema especial vigente se constituye entonces por un complejo entramado normativo donde las normas se encaballan unas sobre otras [...]” (Formaro, Juan José, 2020: 19).

II. Síntesis de la causa.

Ingresando al análisis de la plataforma fáctica, la sentencia resuelve un accidente laboral sufrido por un trabajador, quien demanda directamente a la ART ante la justicia nacional del trabajo, sin efectuar el trámite previo ante la comisión médica jurisdiccional.

Tanto el juez de primera instancia como la cámara nacional de apelaciones, pese a encontrarse vigente la ley 27.348, declararon la aptitud jurisdiccional de la justicia nacional del trabajo para conocer el caso en forma directa, declarando la inconstitucionalidad del diseño competencial de la ley referida. Por su parte, la CSJN deja sin efecto la sentencia apelada y manda a efectuar un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo dictaminado: reafirmando el paso previo y obligatorio por la instancia administrativa.

Sucede que, debido al flujo de causas iniciadas con fundamento en accidentes de trabajo, dicha norma tuvo como objetivo principal reafirmar la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales, determinando como obligatorio y excluyente la actuación de dichos organismos como instancia administrativa previa a la presentación de una persona trabajadora ante la justicia laboral en un reclamo por incapacidad que tenga fundamento en un accidente o enfermedad profesional. El trabajador afectado deberá solicitar la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en el régimen de la ley de riesgos del trabajo, mientras que los trabajadores no registrados no están obligados al cumplimiento de la instancia previa. Una vez agotada la vía, la ley establece la opción a la persona trabajadora de solicitar la revisión de la resolución ante la comisión médica central o bien, interponer recurso ante la justicia laboral. Asimismo, la ley 27.348 crea un servicio de homologación en el ámbito de las comisiones médicas jurisdiccionales, encargado de sustanciar y homologar los acuerdos por incapacidades laborales permanentes definitivas y fallecimiento.

Ahora bien, para que dicho mecanismo sea aplicable en las provincias y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, deben adherirse al mismo, encontrándose en la actualidad 16 provincias en esa situación, más la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA). Por ende, existen dos posibilidades: la inexistencia de la obligatoriedad de la instancia administrativa ante la comisión médica para aquellas que no han producido la adhesión; y la obligatoriedad de la instancia administrativa ante la comisión médica jurisdiccional. Ante este escenario, el derecho a la salud del sujeto débil de la relación laboral, entendido como el núcleo irrenunciable del art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina y de los Tratados Internacionales con jerarquía constitucional, impone formular un interrogante de profunda relevancia práctica y ética: ¿resulta razonable, para el trabajador que intenta recomponer su salud y su proyecto de vida, imponerle la obligación de transitar previa-

mente una instancia administrativa que posterga el acceso a la justicia? Lo cierto es que la promesa de una reparación rápida, automática y efectiva, que constituye el principal fundamento legitimador de la instancia administrativa previa establecida por los arts. 1° y 2° de la ley 27.348, no siempre se materializa en la realidad cotidiana de los damnificados. En numerosos supuestos, el trabajador accidentado o con una enfermedad profesional debe sortear un trámite administrativo que, lejos de agilizar la tutela, opera como un filtro adicional que demora la percepción de lo que le corresponde, precisamente cuando la urgencia terapéutica y económica es mayor. Tal circunstancia torna particularmente gravosa la postergación del control judicial pleno, sobre todo tratándose de controversias de naturaleza eminentemente médica cuya resolución definitiva requiere, en muchos casos, la intermediación y la oralidad propias del proceso laboral.

En efecto, la obligatoriedad de agotar la vía administrativa antes de habilitar la acción judicial puede generar un efecto paradójico: neutralizar o tornar inoficiosa la propia función tuitiva de la justicia laboral, especialmente cuando el daño a la salud exige una reparación urgente e integral que no admite dilaciones injustificadas.

No obstante, debe reconocerse que el diseño institucional de la ley 27.348 ha logrado, en términos cuantitativos, una sensible disminución del volumen de causas que ingresan directamente a los tribunales laborales. Ello ha permitido que los órganos jurisdiccionales concentren sus esfuerzos en los casos que efectivamente llegan a la etapa de revisión o recurso, resolviéndolos con mayor celeridad y profundidad.

1. La resolución de la Cámara de Apelaciones y el recurso interpuesto por la ART.

La Sala VI de la cámara nacional de apelaciones del trabajo confirmó la sentencia de primera instancia -Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo n° 68- que declaró la inconstitucionalidad del diseño competencial de la ley 27.348, complementaria de la ley de riesgos del trabajo, por cuanto establece un procedimiento administrativo previo, obligatorio y excluyente para determinar la incapacidad laboral derivada de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. Para decidir en tal sentido, consideró que el art. 1 de la ley citada afectaba el principio de juez natural y el derecho de acceso a la justicia, que las comisiones médicas exceden el marco de competencia y que se restringen derechos de las personas trabajadoras de reclamar ante la justicia laboral, vulnerando el debido proceso. Asimismo, consideró que el procedimiento recursivo ante la justicia -habiendo efectuado previamente el trámite en sede administrativa- no asegura una revisión judicial amplia.

Contra la resolución de la cámara, la parte demandada interpuso el recurso extraordinario federal cuya denegación dio lugar a la queja. Los argumentos de la ART versaron sobre el gravamen irreparable que le causó que el trabajador no inicie el trámite previo y que la cámara se haya apartado del derecho aplicable a las circunstancias del caso. Manifiesta que se efectuó una interpretación impropia de normas que establecen modificaciones en la jurisdicción y competencia. Argumenta que la resolución se contrapone a normas federales vigentes y que se vulnera la garantía del debido proceso, al interpretar arbitrariamente que una ley nacional -clara en su expresión- no resulta aplicable al caso en autos; que se encontraba plenamente vigente en el momento de interposición de la demanda. Por ello, es que la ART entiende que no se encontraba expedita la vía judicial por el no agotamiento de la etapa administrativa previa.

2. La resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina.

Admitido el recurso, en cuanto cuestiona la validez del procedimiento administrativo previo establecido en la ley 27.348, la CSJN ingresó en el análisis de las normas que rigen la materia -laboral- y que fueron invocadas por las partes. De ello, se desprende que la etapa ante las comisiones médicas es una instancia previa a la judicial, de carácter obligatorio. Además, que todas las decisiones tomadas por la comisión médica pueden ser objeto de revisión. Incluso, aludió a que en la actualidad diversas regulaciones fijan jurisdicción administrativa previa y obligatoria para la decisión de controversias entre particulares sobre otras materias.

La CSJN consideró que dicha intervención obligatoria no cercena la posibilidad de acceder a la justicia, ni la garantía del debido proceso, sino que sólo posterga su intervención hasta tanto exista una decisión administrativa que luego será susceptible de ser revisada por los tribunales judiciales. Considerando que la participación de la administración como instancia previa ha tenido siempre la finalidad de proveer la inmediata obtención de las prestaciones médico-asistenciales e indemnizatorias para los damnificados, así como también para lograr soluciones rápidas y económicas. Para tomar la decisión, el máximo tribunal recurre a precedentes donde ha admitido la constitucionalidad de la competencia otorgada a órganos administrativos, con el cumplimiento de ciertos requisitos, entre ellos, el control judicial suficiente, que los órganos de la administración dotados de jurisdicción hayan sido creados por ley, que su independencia e imparcialidad estén aseguradas y que sea razonable el objetivo económico y político que el legislador tuvo en cuenta para crearlos.

III. Consideraciones preliminares.

1. La salud de la persona trabajadora.

Resulta pertinente ingresar en el análisis del derecho a la salud del principal sujeto interviniente en los trámites analizados: la persona trabajadora, que es toda persona humana que se obliga a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de otra y bajo la dependencia de ésta. Por ello, es beneficiario de una especial tutela por el ordenamiento jurídico, en la medida que pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador. Y dependiendo de las circunstancias, modalidades y/o estructuras del trabajo podrá ser víctima de un accidente laboral o contraer una enfermedad profesional. La salud, como un bien jurídico protegido, que puede verse afectada en el individuo, debe contar con una protección completa, con un sistema coherente y coordinado, con igualdad de condiciones para acceder y con uniformidad de las prestaciones. En nuestro sistema, lo que se prioriza es la prevención de los riesgos del trabajo. Ahora bien, si la prevención fracasa, debemos activar otro de los objetivos del sistema que es la reparación del daño en la salud.

Al analizar la problemática bajo el lente del derecho fundamental a la salud en su concepción holística (física, psíquica y social), se evidencia una dependencia directa de condiciones laborales seguras, saludables y dignificantes, y de pautas de empleo justas y equitativas. Esto no sólo asegura el trabajo decente, sino que también potencia el desarrollo y la productividad a nivel individual y colectivo. De lo contrario, las condiciones precarias o peligrosas socavan la salud, manifestándose en accidentes, enfermedades y decesos. En este sentido, el empleo se configura como uno de los principales determinantes sociales del estado de salud de la población.

Por lo tanto, cuando se judicializa la afectación a la salud derivada del trabajo, resulta imperativo que el análisis se realice bajo el prisma del derecho humano a la salud en su concepción integral. Esta perspectiva debe desterrar interpretaciones restrictivas del daño y la reparación, exigiendo al sistema de riesgos del trabajo que se convierta en verdadero garante de las condiciones dignas de empleo y de una reparación plena que restablezca el bienestar del trabajador, reconociendo el vínculo causal entre las condiciones laborales y la merma en la calidad de vida de la persona trabajadora.

2. Derecho a la salud y paso del tiempo.

En los últimos años se ha ido consolidando un corpus doctrinal fuertemente crítico del modelo de reparación de infortunios laborales basado en comisiones médicas como instancia previa, obligatoria y excluyente, que sirve de contexto y contrapeso a la lectura que hace la CSJN en el fallo analizado.

En primer lugar, Sonia Barrientos ha puesto el foco en la brecha entre el discurso protector del sistema de riesgos del trabajo y su funcionamiento real. Sostiene que la tan invocada protección de la salud del trabajador se ha transformado en una gran falacia, al afirmar que “[...] los damnificados son sometidos a prestaciones en especie totalmente deficientes y deficitarias por parte de las obligadas, que en muchos casos agravan las secuelas y provocan daños y perjuicios irreversibles a los trabajadores y trabajadoras” (Barrientos, 2023: 1). La salud del trabajador, concluye, se convierte en “[...] un gran eslogan desde lo político y un gran negocio desde lo económico, donde el resto de los operadores del sistema son meros espectadores” (Barrientos, ob. cit.).

Por su parte, Moreno Espeja analiza “el negocio detrás” del sistema de riesgos y cuestiona frontalmente la narrativa de la “industria del juicio” que sirvió de justificación política a la ley 27.348. A partir de datos estadísticos, muestra que la litigiosidad es baja en relación con la cantidad real de siniestros, sobre todo si se consideran los trabajadores no registrados y las enfermedades no reconocidas por las ART ni por las comisiones médicas. Desde esa perspectiva, el paso obligatorio por estas últimas aparece menos como una instancia protectora y más como un dispositivo de contención de reclamos y de blindaje del negocio asegurador, que coloca al trabajador “como un ciudadano de segunda” al imponerle barreras de acceso a la jurisdicción que no existen en otros ámbitos, al sostener que “El acceso a la justicia del trabajo es el último refugio con el que cuentan los trabajadores que padecen actos ilícitos o daños sufridos en ocasión de la dación de tareas, por lo que el Estado de ninguna manera deba ponerle traba alguna, porque lo condena a la marginalidad. Esto también violenta el derecho constitucional de defensa del trabajador, quien a través de esta normativa, se ve obligado a producir prueba en sede administrativa que luego puede ser contraria a su estrategia en el litigio” (Moreno Espeja, s.f., p. 55). En definitiva, aún desde una lectura que acepta la constitucionalidad del paso previo, la doctrina subraya que el sistema sólo será compatible con los derechos fundamentales del trabajador si no se transforma en una traba dilatoria que vulnere la tutela judicial efectiva, sino en un verdadero servicio accesible, expedito y especializado que garantice la pronta y justa resolución de los conflictos del trabajo.

IV. Consideraciones en torno a los fundamentos emitidos por la Cámara Nacional de Apelaciones.

Es cierto que el artículo 1 de la ley 27.348 establece con claridad que “[...] la actuación de las comisiones médicas jurisdiccionales [...] constituirá la instancia administrativa previa, de

carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención, para que el trabajador afectado, contando con el debido patrocinio letrado, solicite la determinación del carácter profesional de su enfermedad o contingencia, la determinación de su incapacidad y las correspondientes prestaciones dinerarias previstas en la Ley de Riesgos del Trabajo". No obstante, la cámara se aparta de una interpretación literal de la norma que regula el caso analizado, efectuando prevalencia de la interpretación "jurídica" sobre la literal. Interpretación jurídica, que según el análisis efectuado por Sagüés (2003) sobre pronunciamientos de la CSJN, es la que "[...] privilegia una exégesis especializada, y no simplemente gramatical, de las palabras de la norma. Así, puede leerse que "por encima de lo que las leyes parecen expresar literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente" [...] un precepto legal no debe ser aplicado *ad literam*, sin una formulación circunstancial previa conducente a su "recta exégesis jurídica", porque de lo contrario se corre el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable [...] según puede apreciarse, la "interpretación jurídica" es una compleja y difícil amalgama de interpretaciones voluntaristas, teleológicas y sistemáticas u orgánico-armonizantes de la norma" (Sagüés, Néstor P., 2003: 4,5).

Desde el punto de vista del derecho a la salud, podemos derivar varias cuestiones que se enroscan con la decisión adoptada por el *a quo*. En primer lugar, respecto al posible obstáculo material de acceso a la justicia, decimos que si el trabajador tiene que efectuar necesariamente el trámite administrativo, que puede ser lento, burocrático o poco accesible, se afecta su derecho a una reparación pronta y adecuada. Esto incide directamente sobre la salud, en tanto la reparación integral forma parte del proceso de recuperación y dignidad del trabajador. En segundo lugar, la afectación del principio de juez natural en cuanto a que el daño se determina administrativamente, pero el daño a la salud es, en esencia, una cuestión de derechos fundamentales, no meramente técnico-administrativa.

En suma, el paso previo y obligatorio ante el ente administrativo debería ser una instancia disponible y gratuita, pero optativa, y no un obstáculo ineludible entre el daño en la salud y el juez.

V. Consideraciones en torno a la decisión adoptada por la Corte Suprema.

En la decisión tomada por la CSJN podemos observar, en primer lugar, una interpretación literal de la letra de la ley, con sus debidos fundamentos. Existe coherencia sistémica ya que la CSJN no está inventando un sistema inexistente sino, más bien, reforzando el sistema creado por ley.

En palabras de Romualdi y en refuerzo a lo dictaminado por la Corte, podemos advertir lo siguiente: "Es necesario establecer que, conceptualmente, la ley 24.557 —con las modificaciones previstas en las leyes 26.773 y 27.348— no es un procedimiento administrativo previo, sino un sistema donde el daño se determina en sede administrativa y se controla en sede judicial. Es decir, más allá de las palabras, es un sistema de determinación administrativa de la naturaleza jurídica (conforme el dictamen del secretario legal técnico de la comisión médica) y la extensión del daño derivado de un accidente de trabajo o enfermedad con control judicial" (Romualdi Emilio Elías, 2021: 113).

En la práctica jurídica, implica un cambio de paradigma al centralizar la determinación de la contingencia (accidente o enfermedad) y la valoración del daño en un ámbito técnico-administrativo antes que en el ámbito judicial. A propósito de esto, se ha señalado que

"[...] el devenir regulatorio en materia de riesgos del trabajo reinstaló la instancia administrativa previa con carácter obligatorio y excluyente de toda otra intervención lo que recibió además un guiño favorable de los tribunales cimeros. Estos procesos administrativos han sido ideados en procura de lograr un advenimiento de las partes involucradas, con el fin de reducir la litigiosidad y lograr una justa composición de intereses [...] Luego y una vez agotada la instancia ante la CMJ queda habilitada la vía revisora y sin detenernos en el análisis sobre el término "revisión" o "recurso", lo cierto es que dicha circunstancia da sustento constitucional al sistema" (L' Argentiére y Muñoz, 2023: 288-290).

Ahora bien, el foco lo tenemos que poner en el sujeto de especial tutela, que es la persona trabajadora. Son ciertos los fundamentos dados por la Corte en cuanto a la gratuidad y al control judicial amplio; pero la demora que puede implicar tramitar por una instancia previa para luego tener la posibilidad de acceder a la justicia, es un factor fundamental en la tutela de los derechos. Justicia demorada en salud laboral termina siendo, en los hechos, salud denegada.

VI. Conclusiones

La resolución comentada visibiliza la persistente tensión entre la tutela judicial efectiva y la eficiencia administrativa dentro del régimen de riesgos del trabajo, en el cual el principal interés es la protección de la salud del trabajador.

La controversia se resolvió en las instancias previas con una clara protección de las garantías constitucionales, declarándose la inconstitucionalidad de la Ley 27.348 al considerar que el trámite administrativo previo, obligatorio y excluyente ante las comisiones médicas vulneraba el acceso a la justicia, el juez natural y la pronta reparación del trabajador damnificado. Esta postura se alinea con la primacía del derecho a la salud y a la dignidad del trabajador, tal como se desarrolló en el presente trabajo.

No obstante, la CSJN revocó esa decisión. Al hacerlo, el máximo tribunal priorizó una interpretación literal y sistémica de la ley, ratificando la constitucionalidad del diseño de la Ley 27.348 bajo la condición esencial de que las decisiones administrativas sean pasibles de un control judicial posterior suficiente, amplio y pleno.

En definitiva, la constitucionalidad del sistema no reside en la mera existencia de una etapa administrativa previa, sino en la calidad y la celeridad tanto de la actuación de las comisiones médicas como de la revisión judicial posterior. Es innegable que el fallo consolida la obligatoriedad del tránsito por las comisiones médicas, pero, a la vez, exige a los tribunales competentes (provinciales y nacionales) asumir la responsabilidad de garante: la justicia laboral debe asegurar que la etapa administrativa no se convierta en el obstáculo burocrático, ni en una dilación que menoscabe el derecho fundamental a la reparación integral y oportuna de la salud de la persona trabajadora.

Cabe aclarar que, el conocimiento de esta postura es de suma importancia en el ámbito del derecho del trabajo y la seguridad social, especialmente en materia de infortunios laborales, porque define la vía procesal, estableciendo, de forma definitiva, el camino legal que debe seguir la persona trabajadora que sufre un accidente o enfermedad laboral. En el plano de constitucionalidad, es posible aceptar -como hace la Corte- que la instancia previa ante comisiones médicas no viola, per se, la Constitución si existe control judicial pleno. En el plano del derecho de la salud, sin embargo, el carácter obligatorio y

excluyente de esa instancia no es deseable porque introduce demoras, reproduce asimetrías y puede agravar el daño en la salud del trabajador. Lo que parece más razonable y más acorde al principio pro homine y a la tutela reforzada del trabajador es un esquema en el que la instancia administrativa esté disponible, sea gratuita y técnicamente sólida, pero optativa, de modo que la persona pueda elegir entre intentar una solución ante la comisión médica, o acudir directamente al juez laboral cuando la urgencia, la desconfianza o la experiencia previa así lo aconsejen.

Queda así planteada la tensión irresuelta entre la efectividad material del derecho a la salud (que exige rapidez y certeza en la reparación) y la eficiencia sistémica del régimen de riesgos del trabajo (que justifica la desjudicialización parcial como herramienta de reducción de la litigiosidad). La respuesta definitiva habrá de construirse caso por caso, a partir de la experiencia concreta de los trabajadores y del control estricto que los jueces laborales ejerzan sobre el cumplimiento efectivo de plazos, gratuidad e imparcialidad de las comisiones médicas jurisdiccionales.

Referencias bibliográficas

- Barrientos, S. R. (2024). La gran falacia de la protección de la salud del trabajador en el sistema de riesgos del trabajo. *Revista de Derecho Laboral y Seguridad Social*, 2024(1), 15. TR LALEY AR/DOC/2908/2023.
- Formaro, J. J. (2020). *Derecho de daños laborales: su existencia y las pautas que lo rigen* [Tesis doctoral, Universidad Nacional de La Plata]. SEDICI. <http://sedici.unlp.edu.ar>
- L'Argentiere, L., & Muñoz, D. M. E. (2023). Lecciones Elementales de Procedimiento Laboral en Córdoba: Ordinario, PDA, Sumario, Ejecutivo, Comisión Médica y Ministerio de Trabajo y otros. En V. Mimessi & P. A. Frescotti (Eds.), *Lecciones Elementales de Procedimiento Laboral en Córdoba* (pp. 288-290). Ediciones Lerner.
- Moreno Espeja, M. (s.f.). El negocio detrás de la salud del trabajador. *Foro de Córdoba*, 187. <http://www.forodecordoba.com.ar/>
- Romualdi, E. E. (2021). *Ley de Riesgos del Trabajo: Prestaciones dinerarias. Trámite ante las comisiones médicas* (2.ª ed.). DyD.
- Sagüés, N. P. (2003). Interpretación constitucional y alquimia constitucional (el arsenal argumentativo de los tribunales supremos).

Un caso de interrupción de criopreservación de embriones en la Corte Suprema: legitimación y una sentencia exhortativa por vacío legal

A Case of Termination of Embryo Cryopreservation before the Supreme Court: Standing and an Exhortatory Ruling Due to Legal Vacuum

Mariana Torres¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)67](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)67)

Comentario a

Sentencia del 20/08/24 en los autos "P., A. y otro s/ autorización"
(CIV 7628/2021/1/RH1)

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió rechazar un recurso extraordinario planteado por el Ministerio Público Fiscal por falta de legitimación en una causa donde las partes actora y demandada estaban de acuerdo en cesar con la criopreservación de tres embriones de titularidad de los actores; sin embargo, resolvió exhortar al Congreso de la Nación para que dicte una ley que regule la materia. En el presente se trata el fallo de la Corte con atención en tres aspectos relevantes: la legitimación del Ministerio, la calidad de sentencia exhortativa y el vacío legal existente a la fecha en la materia. Se verá que el modo de resolver de la Corte encuentra apoyo en otras decisiones en materias trascendentes y que se impone la regulación de la materia por el Congreso de la Nación.

¹ Abogada (UNC); Magíster en Derecho y Argumentación (UNC), Doctoranda en Derecho (UNC). Adscripta a la Cátedra de Derecho Procesal Administrativo (UNC). Es abogada en el Estudio Gentile-Saravia. Mail: marianatorres3150@gmail.com; marianatorres@gentilesaravia.com.ar. Nro. de ORCID: 0009-0003-2020-6663.

ABSTRACT

The Supreme Court decided to reject an extraordinary appeal filed by the Public Prosecutor's Office for lack of standing in a case where the plaintiff and defendant parties agreed to cease the cryopreservation of three embryos belonging to the plaintiffs; however, it was resolved to urge the National Congress to pass a law regulating the matter. This analysis of the Court's ruling focuses on three relevant aspects: the Public Prosecutors standing, the nature of the ruling as an exhortation, and the existing legal vacuum on the subject. It will be shown that the Court's way of resolving the case is supported by other decisions in significant matters and that the regulation of the subject by the National Congress is necessary.

PALABRAS CLAVE: Criopreservación de embriones, legitimación, sentencia exhortativa, vacío legal.

KEYWORDS: Embryos cryopreservation – standing – exhortative ruling – legal vacuum.

I. Introducción

Los actores A.P. y M.M. iniciaron actuaciones con el objeto de obtener una autorización judicial para interrumpir la criopreservación de tres embriones obtenidos a partir de técnicas de reproducción asistida y que se encontraban en la Clínica Procreate S.A. y así concluir la relación contractual con ésta. Sostuvieron que la clínica les pidió a ese fin obtener la autorización judicial respectiva porque la cuestión no está legislada. Corrido el traslado de la demanda, la Clínica manifestó no ser parte; mientras que el Defensor Público de Menores e Incapaces sostuvo no existían intereses de personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida por los que debiera intervenir. Por su parte, el Fiscal propició se haga lugar a la demanda.

La jueza de primera instancia rechazó la demanda. Apelada la sentencia por A.P., la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara “en representación de las personas por nacer” tomó intervención y pidió se rechace la apelación; al igual que el Fiscal de Cámara. La Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil resolvió acoger la apelación, fundada en que las partes no controvertían la decisión de finalizar el contrato y que entonces era innecesaria la autorización judicial, puesto que se trataba del legítimo y libre ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Contra esta decisión, el Fiscal General y la Defensora interviniente interpusieron recursos extraordinarios federales, que fueron denegados y que motivaron la presentación de dos recursos directos ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN).

El recurso del Ministerio Público de la Defensa fue mantenido por el Defensor General Ad-junto de la Nación quien asumió la representación de los embriones y pidió se revocara la sentencia. En apoyo de su posición sostuvo que debía asumir esa representación más allá de la discusión de la discusión sobre su status de personas humanas; formuló consideraciones relativas a la disposición transitoria contenida en el art. 9² de la ley 26.994 aprobatoria del Código Civil y Comercial de la Nación relativa al art. 19 del mismo Código y la manda

2 Dice el art. 9 de la ley 26.990: “Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: (...) Segunda. “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).”

de dictar una ley especial para la protección del embrión; citó el caso “Artavia Murillo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). Con posterioridad la Defensora General de la Nación desistió del recurso interpuesto por el Ministerio Público de la defensa, argumentando que la intervención en el caso en representación de embriones no implantados excedía el mandato legal de ese Ministerio por no revestir aquéllos la condición de personas en los términos de la normativa vigente y “Artavia Murillo” de la CIDH.

El recurso del Fiscal General fundó su legitimación en lo dispuesto por el art. 120 de la Constitución Nacional, en el art. 2 de la ley 27.148 (Ley Orgánica del Ministerio Público Fiscal) y complementariamente en el art. 31 de la misma norma. En cuanto al fondo del asunto, atribuyó arbitrariedad al fallo porque omitió los argumentos de los Ministerios Públicos relativos a la existencia de normas que obligarían a la protección de embriones humanos no implantados; que el fallo asignó errónea e irrazonable interpretación de las normas citadas en su decisión; entre otras.

La Corte desestimó el recurso directo del Ministerio Público Fiscal (MPF). Sostuvo que la causa no era de aquéllas donde deba reconocerse al MPF el carácter de “parte” o aptitud suficiente para, prescindiendo de la actitud procesal de las partes, controvertir lo decidido por la Cámara y que en definitiva carecía de aptitud procesal autónoma para cuestionar la sentencia. Concluyó que entonces el tribunal no podía dictar sentencia por ausencia de caso (art. 116 C.N.). No obstante lo resuelto, e invocando la trascendencia de la problemática, dispuso exhortar al Congreso de la Nación para que “estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones constitucionales para regular específicamente la materia en cuestión”.

II. Tres cuestiones relevantes

El caso bajo análisis da cuenta de tres cuestiones centrales: por un lado, que para la Corte es decisivo establecer la existencia de legitimación del recurrente y que frente a su ausencia no hay caso o controversia que deba resolver. Por el otro, que aún en ese caso es posible actúe en ejercicio de sus funciones vía exhortación a otro de los poderes estatales (en este caso el Congreso) a fin de que legisle la materia debatida en el fondo de la cuestión si considera existen razones para ello. Ambas cuestiones son consistentes con decisiones anteriores de la Corte. Finalmente, es indudable que es preciso legislar respecto de la interrupción de embriones criopreservados, no sólo por la trascendencia de la problemática sino porque además existe una omisión legislativa sostenida en el tiempo. Las tres cuestiones se desarrollan en lo que sigue.

1. La legitimación y la existencia de caso o controversia

La cuestión de la legitimación del recurrente a fin de establecer la existencia de caso o controversia no es ajena a la jurisprudencia de la Corte. Tiene dicho que para la existencia de caso se “requiere la concurrencia de dos recaudos: por un lado, debe tratarse de una controversia que persiga la determinación del derecho debatido entre partes adversas, fundado en un interés específico, directo, o inmediato atribuible al litigante; y por el otro, esa controversia no debe ser abstracta en el sentido de tratarse de un planteo con un agravio prematuro o que hubiera desaparecido” (Fallos 346:970³).

3 “Universidad de La Matanza y otro...” Fallos 346:970, considerando 11 in fine, accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinks/SP.html?idDocumento=7869631&cache=1761836743866>. La cita remite a “Baeza...” (Fallos 306:1125), que es un fallo del año 1984. En ese caso Baeza había iniciado una acción de amparo pidiendo la declaración de inconstitucionalidad del decreto 2.272/84 por el que se había convocado a una consulta popular sobre los términos del arreglo de los límites con Chile en la zona del Canal del Beagle. Concurrió

En el caso, las partes actora y demandada estaban de acuerdo en la interrupción de la criopreservación de los embriones correspondientes a la primera y conservados por la segunda. De hecho la accionada manifestó al comparecer en primera instancia no ser parte en las actuaciones y luego, en ocasión de una audiencia celebrada en la Cámara quedó establecido que tanto actora como demandada estaban de acuerdo en finalizar el contrato. Esta manifestación de voluntad ("aptitud procesal" en palabras de la Corte) selló en sentido adverso el recurso del MPF y el fallo lo reprocha de modo expreso: "el caso de autos no es de aquellos en los que deba reconocerse al Ministerio Público Fiscal el carácter de "parte" o, incluso sin alcanzar tal condición, la aptitud suficiente para, con total prescindencia de la actitud procesal de las partes en conflicto, controvertir lo decidido por la cámara en la sentencia que puso fin al juicio.". A ese fin trajo el citado "Universidad La Matanza..." donde delineó la actuación del MPF en actuaciones no penales, al que se remite. En esa causa, la Universidad actora había demandado al Estado Nacional a fin de que declare la inconstitucionalidad de distintas disposiciones de la ley 27.204 que a su juicio resultaban contrarias y lesivas de la autonomía y autarquía universitaria reconocidas por el art. 75 inc. 19 de la Constitución Nacional (C.N.). El juez de primera instancia acogió parcialmente la demanda y declaró la inconstitucionalidad de dos artículos de esa norma. La sentencia fue consentida por ambas partes; pero el Fiscal Federal actuante apeló la sentencia, recurso que fue rechazado por la Cámara. Planteó entonces recurso extraordinario. Al resolverlo, dijo la Corte que la existencia de "caso judicial" presupone la de "parte", que debe tener un interés suficientemente directo, concreto y personal "diferenciado del que tienen el resto de los ciudadanos-" y en el caso examinado, se desprende que del texto del art. 120 de la C.N. no había consagrado una excepción al art. 116 de modo tal que el MPF tenga "el rol de parte en todas las causas en las que se debate la inconstitucionalidad de una norma".⁴ Agregó que la reforma de 1994 "no le otorgó legitimación procesal al Ministerio Público para instar una suerte de acción popular o en defensa de la mera legalidad" y que "tampoco ha dotado al Ministerio Público Fiscal de una legitimación extraordinaria que le permita litigar en defensa de intereses ajenos"⁵.

Se advierte entonces que la determinación de la existencia de legitimación en modo previo al análisis del fondo de la cuestión no sólo constituye un presupuesto para dar cuenta de la existencia de una controversia o caso concreto, sino que además tiene sustento en jurisprudencia de la Corte. En otras ocasiones la Corte también rechazó recursos en su sede por falta de legitimación de los recurrentes⁶ pero la actuación del MPF ha sido evaluada por la Corte más específicamente, por la naturaleza del órgano. Por lo demás, la

alegando que como había sido convocado como presidente de mesa para las elecciones del 30 de octubre de 1983, era posible que en la próxima consulta se viese obligado a desempeñar esas funciones en virtud de las normas que estimaba eran inconstitucionales. La Corte –en breve– rechazó el recurso por inexistencia de caso, alegando –específicamente respecto de la legitimación y entre otras razones– que faltaba "la suficiente determinación de la posibilidad del llamado" y que por lo tanto, su agravio era meramente conjetural e hipotético. El fallo es accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7835621&cache=1761837414799>

4 Consid. 13) primer párrafo

5 Consid. 13) primer párrafo

6 En "Gil Domínguez..." (Fallos 347:357) del 23.04.24 la Corte desestimó el recurso por salto de la instancia planteado y confirmó la sentencia del juzgado de primera instancia que desestimó la acción planteada por un abogado que promovió una demanda con el objeto de que se ordene al Congreso de la Nación abocarse al tratamiento del DNU n° 70/2023 para que sea aprobado o rechazado en los términos de la ley 26.122. Fundó la decisión en que exigir el mero cumplimiento de la legalidad es insuficiente para tener por configurado un caso o controversia y además, el demandante no había explicado qué afectación concreta y particularizada tenía el demandante. Ya había sostenido algo similar días antes en "Rizzo..." (Fallos 347:329) del 16.04.24 (donde también hay remisión a "Baeza..."). Accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7960701&cache=1762178015990>

cuestión puede ser más relevante en el caso de que se trata por los vaivenes de la actuación del MPF a lo largo del pleito (en primera instancia no se opuso a la procedencia de la demanda, pero luego modificó su postura en Cámara, todo de lo que da cuenta el fallo) y adicionalmente, por la naturaleza de la cuestión debatida. Sin embargo conviene destacar que esta bien puede no ser la última palabra del Tribunal Címero si se considera que el recurso se desechó por razones formales y, en puridad, la Corte no ingresó al fondo de la cuestión. Por lo tanto de acudir a la Corte una parte legitimada en una controversia análoga podría aún la Corte pronunciarse sobre el fondo del asunto. Máxime por cuanto el Congreso de la Nación no ha legislado la materia, lo que permite introducir la segunda de las cuestiones relevantes.

2. Sentencia exhortativa. Vacío legal.

Pese a que la Corte desestima el recurso extraordinario federal por ausencia de caso de todos modos dicta una medida jurisdiccional atípica y al considerando 8 dice: "...no se puede soslayar la trascendencia de la problemática de fondo y la incertidumbre que esta genera en los distintos sujetos que intervienen en las técnicas de reproducción asistidas con criopreservación de embriones, derivadas principalmente de la falta de regulación en la materia. (...) Por tal motivo, esta Corte Suprema considera pertinente exhortar al Congreso de la Nación para que estime la necesidad o conveniencia de hacer uso de sus atribuciones constitucionales para regular específicamente la materia en cuestión."

Dicho en breve, hay ausencia caso y por lo tanto la Corte dicta una resolución que no es típicamente jurisdiccional.⁷ Sagüés (2006, 2011) ha conceptualizado a estas decisiones como sentencias atípicas por cuanto no responden al estándar tradicional de litigio (advirtiéndose que no hay caso). Este tipo de decisiones no son ajenas a la jurisprudencia de la Corte, en tanto ha dictado sentencias exhortativas y en especial, en causas de alta trascendencia. Vayan tres ejemplos representativos (que no agotan la casuística⁸).

Por un lado, el primer fallo en "Badaro ..." (Fallos 329:3089, en adelante "Badaro 1") donde en una causa de naturaleza previsional el tribunal dispuso comunicar al Congreso de la Nación (y al Poder Ejecutivo) la sentencia a fin de que en uso de sus atribuciones efectúen "las correcciones necesarias que la omisión de disponer un reajuste por movilidad en el beneficio del actor ha llevado a privarlo de un derecho conferido por la Ley Fundamental" y difiriera el pronunciamiento por el "plazo que resulte suficiente para el dictado de las disposiciones pertinentes"¹⁰. Más adelante y en un segundo pronunciamiento en la misma causa ("Badaro 2", Fallos 330:4866¹¹) la Corte finalmente resolvió el fondo del asunto considerando que había transcurrido el plazo razonable otorgado por el fallo anterior y declaró la inconstitucionalidad del régimen de movilidad aplicable.

En la misma línea del anterior, el reciente "Defensor del Pueblo..."¹² (Fallos 348:895, del

7 Sagüés (2006) efectuó una clasificación de sentencias constitucionales exhortativas de carácter atípico.

8 La Corte incluso titula dentro de las voces de búsqueda en su portal la "sentencia exhortativa". Una búsqueda rápida consignando la palabra "exhortar" arroja al menos 46 resultados.

9 Accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6066701&cache=1762257747061>

10 Sagüés (2011) sostuvo que esta sentencia, más que exhortativa, es en verdad una "compulsiva", porque en la demanda se reclamó un aumento, no una "simple postulación de cobertura normativa".

11 Accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6359051&cache=1762258621961>

12 Accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=8137921&cache=1762259023455>

26.08.25)), otra causa de naturaleza previsional, donde la Corte rechazó la demanda planteada por el actor en procura de que el Estado Nacional adopte las medidas adecuadas para el cese de la omisión que habría incurrido al no conceder a las jubilaciones y pensiones la movilidad garantizada por la Constitución Nacional, peticionando el reajuste por movilidad a los beneficiarios en la misma situación que “Badaro 1” y “Badaro 2”. La Corte rechazó la demanda pero dispuso exhortar “al Congreso de la Nación para que, en un plazo razonable, cumpla con su deber constitucional y designe al Defensor del Pueblo de la Nación y sancione la ley de procesos colectivos”¹³.

Finalmente, en “Bertuzzi...”¹⁴ (Fallos 343:1457) la Corte dispuso exhortar al Congreso de la Nación para que dicte una Ley que reglamente el traslado de magistrados judiciales, en el marco de una acción de amparo planteada por dos magistrados que habían cuestionado resoluciones del Consejo de la Magistratura que dispusieron su traslado a otros tribunales¹⁵.

Este muestreo sirve para dar cuenta de que no es ajena a la actividad de la Corte el dictado de sentencias exhortativas y la selección de los casos traídos responde a que en todos los casos la exhortación fue referida a la existencia de vacíos legislativos y se requirió el dictado de normas al Congreso de la Nación (en “Badaro...” sumó al Ejecutivo). En este sentido, la exhortación es análoga a la efectuada en “P.A., ...” con una adición: el propio Congreso al sancionar el Código Civil y Comercial estableció en una cláusula transitoria que debía dictarse una ley especial que regule la criopreservación, contenida en la cláusula segunda del art. 9 de la ley 26.994¹⁶.

3. Vacío legal

El Código Civil y Comercial de la Nación fue aprobado por ley 26.994 y publicada en el Boletín Oficial el 07.10.2014. A la fecha no se ha sancionado norma que cumpla la manda de la cláusula segunda de su art. 9, por lo que el vacío legal, a más de un año del dictado de “P.A. ...” persiste, y existe consenso acerca de lo imperioso de la normativización¹⁷. Se presentaron proyectos de ley en 2017, 2019, 2023¹⁸ y el último en 2025¹⁹. El proyecto

13 Es interesante destacar que el voto concurrente del Dr. Lorenzetti en la causa agregó que el Defensor del Pueblo carecía de legitimación para promover la demanda y sostuvo que en el proceso no se había identificado una clase con reclamo similares (consid. 11 de su voto). Dejó expresamente a salvo el ejercicio de acciones individuales: en la parte final del considerando 14 (“En efecto, y en consonancia con los conceptos hasta aquí plasmados, nada impide que quien pudiera eventualmente mantener derechos o intereses individuales vinculados al objeto de este reclamo pueda ejercer individualmente la acción en procura de su adecuada protección.”).

14 Accesible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7616521&cache=1762261435501>

15 El punto 5 de la parte resolutive del voto de la mayoría lo establece expresamente: “5. Exhortar al Congreso de la Nación para que dicte una Ley que reglamente el traslado de magistrados judiciales.”.

16 ARTICULO 9º. Dispónense como normas transitorias de aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación, las siguientes: (...) Segunda. “La protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial.” (Corresponde al artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación).

17 El nuevo Código Civil y Comercial data de 2014 y han pasado más de diez años sin el dictado de ley especial. Al decir de CARRIL “el vacío legal resulta inconcebible, más aún considerando la proliferación de las IFV y de las complejas TRHA que no solo aumentan cuantitativamente, sino que cada vez se complejizan más aún”. Ya KEMELMAJER de CARLUCCI, HERRERA y LAMM habían señalado en 2011 y en ocasión de comentar un proyecto de ley la complejidad de regular el uso de técnicas de reproducción asistida, sugiriendo que la norma a dictarse “no ignore la realidad existente al momento de su sanción, desde que, leyes tan vinculadas a los avances de la ciencia médica deberían prever –como lo hacen algunas extranjeras, por ej., la francesa– algún modo de actualizarse periódicamente...”. Ambas observaciones mantienen vigencia.

18 Mencionados por DEANGELI y BONO (2025) los tres primeros: 0091-D-2017, 1541-D-2019 y 0566-D-2023. El último de los proyectos es accesible en <https://www.hcdn.gob.ar/diputados/mfein/proyecto.html?exp=0566-D-2023>. En su trabajo las autoras tratan exhaustivamente (doctrinaria y jurisprudencialmente) el status actual de la interrupción de criopreservación de embriones.

19 Accesible desde <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/925.25/S/PL>

de 2023 preveía –entre otros- que el destino de los embriones criopreservados podía implicar el cese de criopreservación (art. 10 inc. d). El art. 11 establecía que en caso de silencio y vencido el plazo de criopreservación de cinco años el centro de salud debía contactar a las personas titulares y si ello fuese imposible o persistiera el silencio los embriones serían donados para investigación (art. 12). El proyecto regulaba varios aspectos del embrión no implantado en 42 artículos y establecía el carácter de orden público de la norma (art. 39) que estaba sujeta a su vez a reglamentación por parte del Ejecutivo (art. 41) quien además debía designar la autoridad de aplicación (art. 40).

El 04.06.25 ingresó por mesa de entradas del Senado de la Nación el proyecto n° 925/25 que propone incorporar dos artículos a la ley 26.862 (de Reproducción Médicamente Asistida) donde se regula la criopreservación de embriones no implantados (art. 1), prohibiciones (art. 2) y principios a seguir para la investigación de embriones no implantados (art. 3). En lo relevante aquí, se establece que “Los beneficiarios que criopreserven embriones con material genético propio deben acordar y dejar asentado en forma previa y expresa el destino que se les darán en caso de divorcio, separación de hecho, nulidad de matrimonio o fallecimiento de uno de ellos” debiendo optar entre donación con fines reproductivos o de investigación o cesación de la criopreservación. Establece además que el consentimiento informado sobre el destino puede ser modificado en cualquier momento y debe ser acordado por los titulares de los embriones afectados, estipulando que en caso de desacuerdo entre ellas resolverá la autoridad judicial (art. 1). En los fundamentos del proyecto se hace expresa mención al fallo que aquí se comenta, dando expresa cuenta de la “trascendencia de la problemática en la criopreservación de embriones y la incertidumbre en los distintos actores que intervienen en las técnicas de reproducción asistida”. Este proyecto tiene como ventaja la incorporación de articulado a norma ya existente (no es menor, vista la dispersión normativa argentina) y en particular es relevante –en relación al fallo que aquí se comenta- en tanto obliga a los beneficiarios a acordar en modo previo el destino de los embriones frente a separación de hecho, divorcio, nulidad de matrimonio o fallecimiento: también, que sólo en caso de desacuerdo posterior podría acudir a sede judicial.

III. Conclusiones

La interrupción de criopreservación de embriones es una cuestión trascendente que permanece sin regulación legal pese a que hay una norma vigente que expresamente estipuló la necesidad de dictado de una ley especial. Los argumentos del fallo de la Corte encuentran sustento en pronunciamientos anteriores, tanto en lo que hace a la falta de legitimación del MPF como respecto de la medida no jurisdiccional típica que importa la exhortación al Congreso de la Nación para regular el asunto. Conviene destacar que a consecuencia del modo de resolver del caso, es claro que la Corte no se ha expedido sobre el fondo del asunto, por lo que no puede descartarse un pronunciamiento futuro de configurarse un caso o controversia concretos²⁰. El Congreso aún no ha dictado la ley que regule la criopreservación de embriones; por lo que no es posible descartar una decisión sustancial en la medida que la Corte ya lo ha hecho antes en “Badaro...” (1 y 2) donde en una primera sentencia difirió la resolución sobre el fondo comunicando la decisión al Congreso para que legisle sobre la movilidad y luego, ante la inacción del poder

20 El voto concurrente del Dr. Rosatti sostiene que la tutela de los intereses que postula defender el MPF correspondía al Ministerio Público de la Defensa pero éste desistió del recurso lo que inhibía al Tribunal de pronunciarse sobre el recurso. Podría pensarse que otro hubiese sido el resultado del caso si ese recurso hubiese sido mantenido (al menos en lo que respecta a este voto).

legislativo, resolvió directamente en la causa declarar la inconstitucionalidad del régimen de movilidad entonces vigente.²¹

Referencias bibliográficas

Doctrina

- Carril, M. P. (2021). El estatus jurídico del embrión no implantado. Algunas consideraciones y una aproximación a una tesis intermedia. *Revista del Colegio de Abogados y Procuradores de la Primera Circunscripción Judicial – Mendoza*. <https://mendozalegal.com/omeka/items/show/709>
- Deangeli, M. A., & Bono, C. M. (2025). La interrupción de la criopreservación de embriones: análisis doctrinario y respuestas jurisprudenciales a una cuestión que exige regulación legal. *Revista Argumentos*, 20, 58-74. <https://doi.org/10.5281/zenodo.16740849>
- Kemelmajer de Carlucci, A., Herrera, M., & Lamm, E. (2011, 8 de agosto). La reproducción médicamente asistida. Mérito, oportunidad y conveniencia de su regulación. *La Ley*, 2011-D, 1275. AR/DOC/2487/2011. <http://www.colectivoderechofamilia.com>
- Sagüés, N. P. (2006). Las sentencias constitucionales exhortativas. *Estudios Constitucionales*, 4(2), 189-202.
- Sagüés, N. P. (2007). Algo más sobre las sentencias constitucionales atípicas: Las 'diferidas' o 'escalonadas', 'con encargo'. *El Derecho*, 221, 913-919.

Jurisprudencia

- Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes Varios, Fallos 329:3089 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2006). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6066701&cache=1762521870724>
- Badaro, Adolfo Valentín c/ ANSeS s/ Reajustes Varios, Fallos 330:4866 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2007). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6359051&cache=1762521919764>
- Bertuzzi, Pablo Daniel y otro c/ EN - PJN y otro s/ amparo ley 16.986, Fallos 343:1457 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2020). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7616521&cache=1762522004608>
- Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional y otro s/ Amparos y Sumarísimos, Fallos 348:895 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2025). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=8137921&cache=1762522375400>
- Recurso de hecho deducido por Aníbal Roque Baeza en la causa Baeza, Aníbal Roque c/ Estado Nacional, Fallos 306:1125 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 1984). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7835621&cache=1762521763466>
- Recurso de Queja N.º 1 – Rizzo, Jorge Gabriel y otro c/ EN – DNU 70/23 s/ Amparo Ley 16.986, Fallos 347:329 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2024). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=795>

21 Es claro que el caso bajo análisis no es igual a "Badaro..." ya que no podría aquí dictarse otra sentencia como sucedió allá. Pero la mecánica de resolución (en otro caso) no parece imposible, porque ya hubo una exhortación al Congreso.

8091&cache=1762522192103

- Recurso Salto Instancia n.º 1 – Gil Domínguez, Andrés c/ EN s/ Proceso de Conocimiento, Fallos 347:357 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2024). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7960701&cache=1762522281462>
- Universidad Nacional de La Matanza y otros c/ EN-M Cultura y Educación s/ Amparo LEY 16.986, Fallos 346:970 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2023). <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=7869631&cache=1761836743866>

Proyectos de ley

- Proyecto de Ley 0091-D-2017. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. <https://www.hcdn.gob.ar/diputados/jpedrini/proyecto.html?exp=0091-D-2017>
- Proyecto de Ley 0566-D-2023. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. <https://www.hcdn.gob.ar/diputados/mfein/proyecto.html?exp=0566-D-2023>
- Proyecto de Ley 925/25. Honorable Senado de la Nación Argentina. <https://www.senado.gob.ar/parlamentario/comisiones/verExp/925.25/S/PL>
- Proyecto de Ley 1541-D-2019. Honorable Cámara de Diputados de la Nación Argentina. <https://www2.hcdn.gob.ar/proyectos/proyectoTP.jsp?exp=1541-D-2019>

Libertad de expresión y desinformación sobre la salud: un comentario al fallo “Socolinsky”

Freedom of expression and health disinformation: a commentary on “Socolinsky”

Alejandro Emir Salomón¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)68](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)68)

Comentario a

“Socolinsky, Mario Bernardo y otros c/ Amaizon, Beatriz y otros s/ daños y perjuicios”
del 5 de noviembre de 2024

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Acceso al Fallo

RESUMEN:

La Corte Suprema de Justicia de la Nación viene, hace años, aplicando el estándar de la “real malicia” en los casos en que figuras públicas se ven agraviadas por publicaciones o noticias falsas, estableciendo una suerte de prelación en favor de la libertad de expresión. Tal es el criterio adoptado en el fallo “Socolinsky”, del 5 de noviembre de 2024. Este artículo analiza la sentencia, explicando el estándar utilizado y evidenciando la falta de consideración del Tribunal respecto del derecho a la información sanitaria y las implicancias del fenómeno de la desinformación para el derecho a la salud, los que cobran cada vez una mayor relevancia en nuestras sociedades actuales.

ABSTRACT

The Supreme Court of Argentina has, for years, been applying the “actual malice” standard in cases where public figures are harmed by false publications or reports, effectively prioritizing freedom of expression. This is the criterion adopted in the Court’s decision in Socolinsky of November 5, 2024. This article analyzes the judgment, explains the standard used, and highlights the Court’s failure to consider the right to health-related information and the implications that the phenomenon of disinformation has for the right to health—implications that are becoming increasingly relevant in our contemporary societies.

¹ Abogado y docente (Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires). Maestrando en derecho administrativo (Universidad Austral).

PALABRAS CLAVE: libertad de expresión — acceso a la información — derecho a la salud — real malicia — desinformación.

KEYWORDS: freedom of expression — access to information — right to health — real malice — disinformation.

I. Introducción

El 5 de noviembre de 2024, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictó sentencia en “Socolinsky, Mario Bernardo y otros c/ Amaizon, Beatriz y otros s/ daños y perjuicios”. Si bien, en la causa, iniciada en 2005, se discute el alcance de la libertad de expresión, a la luz de la doctrina de la real malicia, en relación con el derecho a la reputación alegado por la parte actora, tal como se explica a continuación, subyace una cuestión vinculada al derecho a la información en materia de salud y a su divulgación pública que no es debidamente abordada, pero que suscita algunos interrogantes.

II. Hechos del caso

El caso que aquí se comenta tuvo inicio mediante la acción iniciada por Mario Socolinsky y por la Fundación Dr. Mario Socolinsky por los daños y perjuicios que alegan que sufrieron como consecuencia del programa emitido en Punto Doc.

Mario Socolinsky, médico pediatra, era conductor del programa televisivo “La salud de nuestros hijos”, transmitido en el Canal 7 de la televisión pública. Este programa tuvo sus inicios en la década de 1970 y se emitió hasta entrados los 2000. Se trataba de un programa televisivo cuyo principal eje era comunicar información sobre temas de salud, especialmente pediátrica. En este sentido, Socolinsky entrevistaba a distintos profesionales de la salud sobre sus áreas de especialidad y, a su vez, atendía consultas que los televidentes realizaban por llamada, que se transmitían en vivo.

Dentro de estos profesionales médicos invitados, los días 24 de febrero y 21 de marzo de 2003 participó “Sandra Guzmán”, quien fue presentada como gastroenteróloga especializada en úlceras, con estudios en Francia y en Brasil. En ambas transmisiones, Socolinsky la presentó como una médica bien formada y le dio el espacio para responder las preguntas que realizaba la audiencia vinculadas a su especialización.

Sin embargo, el 24 de marzo de 2003, el programa Punto Doc, transmitido por América TV, emitió la investigación realizada por periodistas de este medio en la que concluían en que la producción de “La salud de nuestros hijos” no ejercía realmente controles de los profesionales médicos que concurrían al programa, dado que el interés de los productores era solamente hacer negocios. Por otro lado, en el programa Punto Doc, se expuso una supuesta irregularidad en la adquisición de un predio en el que funcionaba la sede principal de la Fundación Dr. Mario Socolinsky en el barrio de Barracas.

En Punto Doc, programa conducido por Daniel Tognetti y Miriam Lewin, se reveló cómo un productor del programa dirigido por Socolinsky negoció la aparición de “Sandra Guzmán” por el pago de una alta suma de dinero. En realidad, este era el pseudónimo utilizado por Beatriz Amaizon para hacerse pasar por gastroenteróloga, quien había sido previamente capacitada para simular correctamente dicho rol médico en el programa y poder brindar información inocua a la audiencia, tal como reconocieron en la causa.

Entonces, Amaizon y su presunto esposo tuvieron negociaciones con el productor de “La salud de nuestros hijos”, que fueron grabadas utilizando una cámara oculta. En estas grabaciones se podía ver al productor explicando cómo los médicos pagaban para participar del programa, dado que les generaba la reputación suficiente para ser conocidos y ampliar sus negocios profesionales a lo largo del país. Así, concertaron la aparición de Amaizon en el programa contra el pago del dinero; sin embargo, en ningún momento de dichas negociaciones se intentó verificar la identidad de Amaizon, ni su matrícula, ni sus antecedentes profesionales. En Punto Doc explicaron la metodología de investigación utilizada y mostraron las grabaciones obtenidas con la cámara oculta, al mismo tiempo que manifestaron haber intentado contactar —previo a la emisión— a Mario Socolinsky para que diera su versión de los hechos o replicara las noticias, y éste se habría negado. En cuanto al predio en que funcionaba la sede de la Fundación, en el programa Punto Doc, se indicó que anteriormente era parte del Instituto de Salud “Dr. Carlos Malbrán” y que, de forma inesperada, se ordenó desalojar el predio dado que el Ministerio de Economía lo había cedido a dicha Fundación, mediante una resolución cuyo expediente administrativo se mostró en el programa televisivo.

En este sentido, Mario Socolinsky y la Fundación Dr. Mario Socolinsky iniciaron una acción por los daños y perjuicios que alegan que sufrieron como consecuencia de la emisión del programa Punto Doc. Si bien en primera instancia la demanda no prosperó, fue receptada la pretensión por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (Sala H), la que entendió que los demandados eran responsables de difundir una noticia falsa a sabiendas de su falsedad o con total despreocupación por su verdad, toda vez que habrían actuado dolosamente al haber realizado una “celada difamatoria” que consistió en capacitar a Amaizon para hacerse pasar por médica. Además, la Cámara entendió que los demandados formularon opiniones agravantes contra los actores y que el trabajo de edición de los informes periodísticos era tendencioso.

Así, los demandados interpusieron el recurso federal que resolvió la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la sentencia que aquí se comenta, alegando que fue vulnerado su derecho a la libertad de expresión.

III. El fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

El fallo de la mayoría de la Corte, integrada por los jueces Rosatti y Maqueda, remite a lo dictaminado por el Procurador Fiscal, con algunas excepciones que luego mencionaré. Así, la sentencia se inserta en los tradicionales criterios jurisprudenciales del Máximo Tribunal en materia de libertad de expresión, aplicando el estándar de la doctrina de la “real malicia”, que ha receptado desde el fallo “Costa” (1987, Fallos 310:508) y que tiene su origen en el fallo “New York Times vs. Sullivan” de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos (376 U.S. 254 (1964)). De acuerdo con ella, los funcionarios públicos sólo pueden demandar a quienes publiquen en la prensa información falsa si prueban que efectivamente el comunicador obró conociendo o con total despreocupación de su falsedad, dolosamente o con culpa grave respectivamente, afectando su honor e intimidad. Esta doctrina fue ampliada por la de “Gertz vs. Robert Welch Inc.” (418 U.S. 323 (1974)), en tanto se hace extensiva también a aquellas figuras o personajes públicos que, incluso no siendo funcionarios públicos, participan del debate público o se exponen intencionalmente a los medios de comunicación.

El juez Brennan explicó que “las garantías constitucionales requieren una regla federal

que impida a un funcionario público ser indemnizado por razón de una manifestación inexacta y difamatoria relacionada a su conducta oficial al menos que se pruebe que fue hecha con real malicia, es decir, con conocimiento de que era falsa o con una temeraria despreocupación acerca de su verdad o falsedad”. En nuestro ámbito, se ha dicho que el objetivo de la doctrina de la real malicia es el de “procurar un equilibrio razonable entre la función de la prensa y los derechos individuales que hubieran sido afectados por comentarios lesivos a funcionarios públicos” (voto del juez Boggiano en “Gesualdi”, 1996, Fallos: 319:3085). Sin perjuicio de que es una doctrina que ha sido cuestionada por presentar problemas relacionados al carácter de figura pública del sujeto pasivo de la imputación, al alcance de la “temeraria despreocupación” y por la distinción que realiza entre afirmaciones de hecho en contraposición a la manifestación de opiniones (Bertoni, 2000), lo cierto es que es el estándar que el Máximo Tribunal argentino ha venido aplicando desde su primera recepción (Gelli, 2004: 97-98).

Esta doctrina desplaza la posibilidad de establecer responsabilidades ulteriores a los discursos libremente expresados, de acuerdo al carácter público de las personas involucradas. En este sentido, en las democracias liberales, la libertad de expresión aparece sobreprotegida, de forma tal que no puede considerarse dañosa la expresión por el mero hecho de que otros no acepten las ideas u opiniones que se expresan, vedando así la interferencia estatal en la libre expresión como ámbito de autonomía personal (Nino, 1992: 262). Así, algunos autores han considerado que la libertad de expresión tiene un grado de preferencia constitucional por sobre otros derechos constitucionales, de forma tal que se le garantiza una suerte de preeminencia y se le brinda una mayor protección. Esta postura encuentra en la libertad de expresión una vía de facilitación del debate acerca de las cuestiones de interés público y una potencialidad maximizadora del ámbito de autonomía de las personas, permitiendo que el ciudadano forme su propio juicio y actúe en consecuencia de este, fortaleciendo —en última instancia— el sistema democrático (Gelli, 2004: 88).

El artículo 13.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (“CADH”) prevé que el ejercicio de este derecho “no puede estar sujeto a previa censura”; sin embargo, esto no lo dota de impunidad una vez que la expresión se ha exteriorizado, sino que —una vez ocurrido esto— trae aparejada la responsabilidad ulterior fijada por ley (Bidart Campos, 1998: 21). De acuerdo al texto convencional, estas responsabilidades sólo pueden tener por finalidad: i) “el respeto a los derechos o a la reputación de los demás”, o ii) “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. En relación con el primero de dichos supuestos, la jurisprudencia argentina cuenta con varios precedentes en que se ha resuelto en favor de la libertad de expresión por sobre el derecho a la dignidad y al honor. En los casos en que se difundió información falsa, el estándar jurisprudencial es la constatación de que no se hubiera obrado con temeraria despreocupación acerca de la falsedad de la información reproducida respecto de una figura o personaje público. Para estos casos, se invierte la carga de la prueba, porque es el demandante quien deberá probar que el acusado actuó con “real malicia” (Bidart Campos, 1998: 22).

En este sentido, el fallo aquí comentado no supone sino una continuidad en la aplicación de estándares de libertad de expresión en casos en que se encuentra en tensión con el derecho al honor, y se ha limitado a resolver solamente sobre la base de la aplicación de la doctrina de la real malicia. El dictamen fiscal sobre el que se funda la decisión abor-

daba incluso algunas particularidades que todavía no habían sido materia tratada por el Máximo Tribunal, pero que este excluyó de su remisión, por lo que no conforma la doctrina del Tribunal en este tema.

En primer lugar, el Procurador Fiscal indicó que la metodología de actuación encubierta, que usualmente se realiza mediante cámaras ocultas, integra una de las prácticas legítimas del periodismo de investigación, por constituir una herramienta idónea para ingresar en estructuras de poder cerradas, para recolectar evidencias y para sortear barreras de acceso a la información.

En segundo lugar, el Procurador Fiscal señaló que la “falsedad” de la información difundida por Amaizon no había sido acreditada en el proceso, sino que más bien el engaño estaba dirigido a la parte actora, mediante la simulación de su identidad.

En tercer lugar, el Procurador Fiscal consideró que “el modo de organizar y exhibir las expresiones también se encuentra amparado por el derecho a la libertad de expresión”, por lo que la técnica de edición de contenido es propia del periodismo y puede diferir libremente según el medio de comunicación y la índole de la información que se quiere comunicar. Conforme lo indica, este criterio ha adoptado, en distintos casos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que “un control excesivamente riguroso sobre los métodos periodísticos puede producir un efecto inhibitorio sobre la labor de la prensa” (Corte IDH, Caso Moya Chacón y otro vs. Costa Rica, 2022, párr. 90).

Estas tres cuestiones que el dictamen fiscal incluye como argumentos para la opinión brindada para abordar el caso fueron excluidas de la remisión que hace el voto mayoritario de Rosatti y Maqueda, aunque no hace la misma salvedad Lorenzetti en su voto concurrente, por lo que integra su decisión.

Sin embargo, ninguna de las opiniones aborda la situación fáctica que subyace al caso: la difusión de información falsa en materia de salud en el medio televisivo. Si bien no se trata del *thema decidendum* del caso, lo cierto es que subyace en la discusión tenida sobre lo ocurrido sin haber sido puesto en tela de juicio, toda vez que fue reconocido por la parte demandada la intención de brindar información falsa en el programa. Del caso surge que Amaizon fue investigada por usurpación de título; sin embargo, no es el objeto de dicho proceso tampoco el problema de la desinformación. Se trata, en cambio, de un problema particular, toda vez que los afectados son los televidentes, a quienes se les hizo creer que estaban obteniendo información médica confiable cuando en realidad no lo era.

IV. Lo no dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación: el fenómeno de la desinformación en el ámbito de la salud

La decisión de la CSJN supone un abordaje de la cuestión debatida a la luz de la noción de la libertad de expresión en su faz individual, esto es, el punto de discusión sólo fue el programa emitido por Punto Doc y la información brindada respecto del programa televisivo del médico accionante. En otras palabras, sólo fue objeto de análisis si dicho programa se encontraba protegido por el derecho a la libre expresión. No se inmiscuye la CSJN en la legitimidad de los medios utilizados para la construcción de la investigación que se presentó, dentro de los cuales la parte demandada se había valido de la difusión de información inexacta o falsa sobre cuestiones médicas en el programa de Socolinsky.

De esta forma, quedó por fuera de la discusión toda noción de la libertad de expresión en su dimensión social, es decir, entendiéndola como “un medio para el intercambio de ideas e informaciones y para la comunicación masiva entre los seres humanos” (Corte IDH, Opinión Consultiva 5, 1985, párr. 32). Desde esta perspectiva, es evidente el carácter que tiene la libertad de expresión como medio idóneo para poder conocer opiniones y noticias, lo que presupone la circulación de información oportuna y veraz, o al menos los esfuerzos para que así sea. En este sentido, no es menor el abordaje de la difusión de información falsa o inexacta toda vez que el derecho a buscar, recibir y difundir información comprende el derecho a la libertad de expresión, conforme la CADH y el PIDCP.

Es preciso señalar que no hay una conceptualización unívoca de la desinformación, dada su naturaleza compleja, intrínsecamente política y controvertida (Khan, 2021, párr. 9). No todos utilizan idénticas categorías para mencionar este fenómeno. Algunos autores hablan diferenciadamente de “disinformation” y “misinformation”, según la intencionalidad de causar o no daño por quien crea la información, y algunos añaden la categoría de “malinformation” (Del Campo, 2024: 6). Sin perjuicio de las categorías utilizadas (discusión que merece un tratamiento más extenso), se puede decir que, en rasgos generales, el fenómeno refiere a la producción o difusión de datos o información que no se condicen con la realidad. Un análisis diferencial suscita el conocimiento o no de la no veracidad de la información producida o difundida.

El fenómeno de la desinformación constituye un problema en relación con la libertad de expresión, en tanto, en una sociedad democrática, este derecho fundamental hace posible la autodeterminación de las personas. El libre debate público y el acceso a la información hacen posible y maximizan el campo de autonomía personal, toda vez que permite a las personas tomar decisiones de forma razonada e informada (Braguinsky, 2024: 13). En este sentido, se ubica como un problema propio de la libertad de expresión en su proyección socio-institucional, dado que el fenómeno de la desinformación suele aparecer en los medios masivos de comunicación y, actualmente, en las redes sociales (Bidart Campos, 1998: 14-15).

En algunos casos, el derecho a la información supone un presupuesto del ejercicio de un derecho, tal como es el caso del derecho a la salud. Esto se evidencia toda vez que para el ejercicio de este derecho es preciso contar previamente con información adecuada, y es un presupuesto de la posibilidad del titular del derecho de tomar una decisión racional (Abramovich y Courtis, 2000: 241-242). De esta manera, por ejemplo, la ley 26.529, que regula los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud, prevé que el consentimiento del paciente sólo puede ser considerado informado si previamente recibió, de parte del profesional, información clara, precisa y adecuada sobre las distintas cuestiones que menciona el artículo 5°. A su vez, el artículo 2° expresamente establece el derecho del paciente a recibir la información sanitaria necesaria.

En este sentido, la desinformación en esta materia es una problemática esencial, dado que puede engañar a las personas que creen estar informándose y, a su vez, frustrar políticas de salud pública (Denniss y Lindberg, 2025: 3). Si bien el uso masivo de las redes sociales ha expandido este fenómeno y le ha dotado una entidad distinta, toda vez que hay un aumento significativo de información circulando y que estas facilitaron la posibilidad de las personas de comunicar mensajes con un mayor alcance, lo cierto es que no es un fenómeno nuevo la desinformación en temas de salud (Catalán Matamoros, 2021: 209).

Es amplia la experiencia en materia de difusión engañosa o falsa en materia de salud, especialmente en redes sociales, ya sea por cuestiones de *marketing* o de beneficios económicos, tanto para quienes difunden la información como para las plataformas utilizadas. Estas pueden tener efectos adversos para las personas que compran productos o servicios con poca o ninguna evidencia de eficacia, mediante pérdidas financieras, beneficios mínimos o nulos para la salud o, incluso, peores resultados para la salud (Denniss y Lindberg, 2025: 3). Sin embargo, los avances tecnológicos han potenciado este fenómeno de formas no conocidas, coexistiendo con un cambio profundo en las formas de consumo de información y de contenidos (Vaca Villarreal, 2022). En este sentido, el acceso a la información se constituye como un determinante social de la salud; toda vez que el acceso a la información en temas sanitarios está enormemente facilitado por Internet y el avance de las TIC, que ejercen una gran influencia en la situación de salud (Castiel y Sanz-Valero, 2010: 29). Sin perjuicio de esto, el fenómeno de la desinformación no es exclusiva causa del avance de las tecnologías, sino que se ha sostenido que es esencialmente sustentado por las crisis sociales y la pérdida de confianza de la ciudadanía en las instituciones (Khan, 2021, párr. 21).

En los contextos de medios masivos de comunicación o de redes sociales, no suele aparecer la relación entre pacientes y profesionales o instituciones de la salud, en los términos previstos por la ley. Sin embargo, desde una mirada estructural del fenómeno de la desinformación, debe tenerse en cuenta que hay una tendencia en alza en las sociedades actuales a utilizar los medios de comunicación e Internet para informarse sobre cuestiones vinculadas a la salud (Catalán Matamoros, 2021: 207).

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, el Estado no puede invocar cualquier tipo de daño para válidamente justificar una restricción a la libertad de expresión. Así, no pueden prohibirse ideas sólo bajo la justificación de que el Estado las desaprueba o que las considera erróneas y pretende evitar que el público sea persuadido por ellas, tampoco pueden prohibirse aquellos discursos que algunas personas pueden considerar ofensivos, ni tampoco pueden utilizarse argumentos tendientes al mantenimiento de la civilidad, castigando expresiones “vulgares” (Rivera, 2009: 155-157). Sin embargo, existe un claro rol estatal en cuanto a la salud pública que permitiría algún tipo de injerencia estatal en miras a su protección, en los términos del artículo 13.2 de la CADH. Debe recordarse que el artículo no prevé qué tipo de responsabilidades ulteriores deben suscitarse en estos supuestos, sino que son aquellas que fije la ley, las que pueden ser civiles, penales o de cualquier otra índole (Bidart Campos, 1998: 21).

Así, considero que la Corte Suprema podría haberse expresado sobre la dimensión social del derecho a la libertad de expresión y no sólo desde su faz individual, como lo hizo. Si bien la discusión versaba sobre los daños y perjuicios alegados por la parte actora, lo cierto es que la parte demandada se valió de la confianza proporcionada por el programa de Socolinsky (que luego desacreditan mediante la investigación producida por el equipo de Punto Doc) para difundir falsamente información en materia de salud, incluso cuando dicha información fuera inocua, tal como fue reconocido.

No es el objeto de este trabajo analizar todos los puntos que la Corte Suprema podría haber abordado ni qué estándar debería utilizar para este tipo de casos, sino es más bien preciso señalar la nula referencia a este fenómeno que, cada vez con mayor presencia, se presenta en la sociedad. La única referencia fue la que realizó el juez Lorenzetti, en

su voto concurrente, en referencia a que “el derecho a la salud comprende el acceso a la información”, la que debe ser adecuada y veraz (cons. 11). En este sentido, uno de los grandes problemas de la desinformación es la respuesta que se puede dar, a fin de mitigar sus resultados; en el caso, no parece suficiente la emisión del programa Punto Doc, que buscaba desacreditar de forma completa al programa de Socolinsky, pero bien podría haberse explicitado qué información de la brindada a los televidentes era falsa y sobre su inocuidad, a fin de resguardar el derecho a la información de estos, máxime cuando el programa basaba su éxito en el lazo de confianza con el público.

El Estado tiene un rol fundamental en lo que concierne tanto a la no alteración de la libertad de expresión como a la protección del derecho a la salud, entendido —en parte— como el derecho de acceder a información en materia de salud. Para ello, de acuerdo con recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Irene Khan, las acciones punitivas de los discursos de desinformación no sólo no son suficientes para disminuirlos sino que incluso pueden ser contraproducentes; en su lugar, entiende que para la lucha contra la desinformación son más efectivas “las acciones de concientización y de difusión de información coherente con la evidencia científica vigente” (2021, párr. 32).

V. Conclusiones

A modo de síntesis, se pone de resalto que la decisión adoptada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en este caso evidencia la continuidad en la aplicación de los estándares jurisprudenciales en materia de tensión entre el derecho al honor y la libertad de expresión. Sin embargo, se destaca que las consideraciones vertidas por el Tribunal en esta decisión se enmarcan exclusivamente en el conflicto planteado por las partes y pasan por alto el hecho de que una de las personas involucradas en el caso (Amaizon) había simulado ser médica gastroenteróloga para poder difundir información falsa sobre temas de salud en un programa de televisión. Si bien la consideración de este hecho podría no haber implicado necesariamente una resolución en sentido distinto al adoptado por la Corte, lo cierto es que podría haber sido una oportunidad para hacer algún tipo de manifestación sobre la desinformación en general o, en particular, sobre la desinformación en materia de salud.

La elaboración de los estándares respecto al alcance de la libertad de expresión, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, consideraron las más de las veces los temperamentos adoptados por otros tribunales nacionales o internacionales, ya sea para aplicar análogos criterios o para deliberadamente no aplicarlos. Por otro lado, la experiencia internacional ha mostrado que hay distintas formas de abordar el fenómeno de la desinformación. En este sentido, podría haber resultado un aporte la consideración de estas experiencias o de estándares utilizados por otros tribunales de justicia.

Aún cuando lo resuelto en la sentencia comentada no suponga una alteración de la jurisprudencia de la Corte Suprema, el creciente fenómeno de la desinformación alrededor del mundo exige la adopción de criterios que aporten claridad para su abordaje, tanto desde la regulación como desde la revisión judicial, máxime cuando los desarrollos tecnológicos están en auge y los sistemas de inteligencia artificial están tomando cada vez un mayor rol. Entonces, queda aún pendiente la consolidación de estos estándares.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V. y Courtis, C. (2000). El acceso a la información como derecho. *Anuario de Derecho a la Comunicación* (pp. 223-259), 1(1).
- Bertoni, E. A. (2000). "New York Times vs Sullivan" y la malicia real de la doctrina. *Estudios básicos de derechos humanos* (pp. 121-150), 10. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Bidart Campos, G. J. (1998). *Manual de la Constitución Reformada*. Tomo II. Ediar.
- Braguinsky, E. (2024). El acceso a la información pública y los grupos en situación de vulnerabilidad: Retos, experiencias y buenas prácticas. *Cuadernos de Discusión de Comunicación e Información*. Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura y la Oficina Regional de la UNESCO en Montevideo.
- Castiel, L. D. y Sanz-Valero, J. (2010). El acceso a la información como determinante social de la salud. *Nutrición hospitalaria*, 25, 26-30.
- Catalán Matamoros, D. (2021). Las "fake news" y desinformación en el ámbito de la salud. *Manual de periodismo y verificación de noticias en la era de las Fake News* (pp. 207-225). Universidad Nacional de Educación a Distancia-UNED.
- Del Campo, A. (2024). Soluciones alternativas a la desinformación: abordar las fuentes en lugar de la distribución. CELE, Documento de Trabajo, (62).
- Denniss, E. y Lindberg, R. (2025). Social media and the spread of misinformation: infectious and a threat to public health. *Health promotion international*, 40(2).
- Gelli, M. A. (2004). Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada (2a ed.). La Ley.
- Khan, I. (2021). *La desinformación y la libertad de opinión y de expresión* (A/HRC/47/25). Consejo de Derechos Humanos, Naciones Unidas.
- Nino, C. S. (1992). *Fundamentos de derecho constitucional*. Editorial Astrea.
- Rivera, J. C. (2009). *La libertad de expresión y las expresiones de odio*. AbeledoPerrot.
- Vaca Villarreal, P. (2022). *Desinformación, pandemia y derechos humanos* (OEA/Ser.L/V/II. CIDH/RELE/INF.25/23). Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

La función tutelar del DADSE en la jurisprudencia reciente: análisis sanitario del fallo “Alianza Argentina de Pacientes c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud – DADSE”

The Tutelary Function of the DADSE in Recent Jurisprudence: A Health Law Analysis of the Case “Alianza Argentina de Pacientes v. National State – Ministry of Health – DADSE”

Martín Nazer Barzábal¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)69](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)69)

Comentario a

“Alianza Argentina de Pacientes Asociación Civil y otros c/ Estado Nacional - Ministerio de Salud - Dirección de Asistencia Directa por Situaciones Especiales s/ amparo ley 16.986” del 30 de diciembre de 2024

**Juzgado Nacional de 1ra Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 2.
Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires**

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El presente comentario analiza el fallo dictado por el Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 2 en la causa “Alianza Argentina de Pacientes Asociación Civil y otros c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud – DADSE”, mediante el cual se ordena al Estado Nacional restablecer la operatividad de la Dirección de Asistencia Directa por Situaciones Especiales (DADSE) y garantizar la provisión de medicamentos a pacientes sin cobertura sanitaria. Desde una perspectiva del Derecho de la Salud, se examina la tensión entre la eficiencia administrativa y la efectividad de los derechos fundamentales, valorando la función tute-

¹ Procurador (UNNE). Estudiante de Abogacía (UNNE). Becario de Investigación (UNNE). Integrante de proyectos de investigación y extensión universitaria (UNNE). Adscripto en la Cátedra de Derecho Público Provincial y Municipal (UNNE).

Mail: martinnazerbarzabal020@gmail.com. N.º de ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-2841-6216>.

lar del DADSE frente a la creación de la nueva Dirección Nacional de Asistencia Directa y Compensatoria (DINADIC).

La sentencia reafirma el carácter justiciable y operativo del derecho a la salud y advierte que toda reforma institucional debe preservar la finalidad esencial de la equidad sanitaria.

ABSTRACT

This article analyzes the decision issued by the Civil and Commercial Federal Court No. 2 in the case *"Alianza Argentina de Pacientes Asociación Civil et al. v. National State – Ministry of Health – DADSE"*, which ordered the reinstatement of the agency's operations and the supply of essential medicines to uninsured patients. From a Health Law perspective, it examines the tension between administrative efficiency and the effectiveness of fundamental rights, assessing the tutelary function of DADSE in light of the creation of the new National Directorate for Direct and Compensatory Assistance (DINADIC). The decision reaffirms the enforceable nature of the right to health and emphasizes that institutional reforms must preserve the fundamental purpose of health equity.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Salud; Amparo colectivo; Tutela judicial efectiva; DADSE; Políticas públicas sanitarias.

KEYWORDS: Health Law; Collective action; Effective judicial protection; DADSE; Public health policies.

I. Introducción

El Derecho de la Salud se ha consolidado como una rama del Derecho Público destinada a garantizar la efectividad de los derechos humanos mediante políticas sanitarias integrales y equitativas. Como sostiene Aizenberg (2014), esta disciplina "articula los principios jurídicos, éticos y sociales que sustentan la obligación estatal de asegurar un acceso universal y no discriminatorio a la salud" (p. 9). Esta concepción implica que la salud no es meramente un bien prestacional sujeto a disponibilidad presupuestaria, sino una obligación jurídica cuyo cumplimiento condiciona la legitimidad de la actuación estatal. En los últimos años, Argentina ha atravesado un proceso de reestructuración institucional en materia sanitaria, marcado por una reconfiguración del aparato administrativo, la redefinición de programas de asistencia directa y un giro hacia políticas públicas orientadas a la eficiencia fiscal. En dicho marco, la suspensión operativa de la Dirección de Asistencia Directa por Situaciones Especiales (DADSE) generó una situación crítica en la provisión de medicamentos y tratamientos a pacientes sin cobertura, particularmente en casos de patologías graves como cáncer, enfermedades poco frecuentes y condiciones crónicas con elevado costo terapéutico.

Este proceso institucional debe analizarse a la luz de la obligación estatal de no regresividad. La interrupción de prestaciones esenciales, aun cuando derive de una reorganización administrativa, puede configurar un retroceso prohibido en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tal como advierte Abramovich y Courtis (2002), la efectividad de los derechos sociales exige "estándares de razonabilidad" en la adopción de políticas públicas y un control judicial capaz de detectar retrocesos injustificados que afecten a grupos vulnerables (pp. 29–34).

En este contexto, asociaciones civiles y organizaciones de pacientes promovieron un amparo colectivo que dio origen al fallo aquí comentado, dictado por el Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 2, a cargo del juez Marcelo Bruno Dos Santos. El pronunciamiento constituye un punto nodal para comprender el modo en que la justicia federal articula la tutela urgente frente a vacíos institucionales que comprometen derechos fundamentales.

El presente comentario analiza la decisión desde una perspectiva sanitaria y jurídica, destacando la tensión estructural entre eficiencia administrativa y garantía de derechos fundamentales. Asimismo, se examina la función tutelar que históricamente desempeñó la DADSE y cómo la creación de la nueva Dirección Nacional de Asistencia Directa y Compensatoria (DINADIC) reconfigura el mapa institucional del derecho a la salud. La sentencia constituye un escenario propicio para reflexionar sobre el papel constitucional del Poder Judicial en contextos de reforma estatal y sobre la necesidad de preservar el principio de equidad sanitaria como límite material a las decisiones administrativas.

II. Desarrollo del comentario

1. Marco constitucional y convencional del derecho a la salud

El derecho a la salud posee jerarquía constitucional y convencional (art. 75 inc. 22 CN), integrando el bloque de constitucionalidad federal junto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 4 y 5), la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 24) y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (art. 25). Esta inserción dentro del plexo normativo de máxima jerarquía implica que su protección no constituye una opción política, sino una obligación jurídica vinculante.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reafirmado su naturaleza operativa y exigible en precedentes emblemáticos como “Campodónico de Beviacqua” (2000), “Asociación Benghalensis” (2000), “Viceconte” (1998), entre otros. En todos ellos, el máximo Tribunal adoptó un enfoque de control de razonabilidad reforzado frente a omisiones estatales que ponen en riesgo la vida o la integridad personal, afirmando que los derechos sociales no son meras directrices programáticas sino mandatos jurídicos inmediatos.

Desde una perspectiva teórica, Sagüés (2011) sostiene que los derechos sociales, en particular el derecho a la salud, deben reconocerse como “derechos constitucionalmente protegidos y judicialmente exigibles”, cuya tutela jurisdiccional no solo es legítima, sino necesaria frente a omisiones u obstáculos estatales. El autor afirma que el Poder Judicial debe adoptar un rol activo, aunque no arbitrario, cuando la inacción administrativa compromete la vigencia de derechos fundamentales.

En la misma línea, Cassagne (2010) enfatiza que el control judicial en materia de derechos sociales se articula en torno al principio de juridicidad, entendido como la obligación del Estado de actuar dentro del marco constitucional, lo cual incluye garantizar el acceso igualitario a prestaciones sanitarias esenciales. Para el administrativista, los jueces no solo pueden, sino que deben intervenir cuando la Administración incurre en decisiones irrazonables que afectan la dignidad de las personas.

Estas concepciones doctrinarias, lejos de ser meras referencias, fundamentan la lógica constitucional que estructura el fallo analizado. El juez Dos Santos se inscribe en esta

tradición, asumiendo que la protección judicial del derecho a la salud no constituye una intromisión en la esfera política, sino la corrección institucional necesaria frente a omisiones que afectan derechos fundamentales, en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos.

En esta óptica, la paralización de la DADSE en 2024 significó una violación estructural del derecho al acceso a la salud, particularmente respecto de personas en situación de vulnerabilidad. Como señala Müller (2014), "el derecho a la salud no constituye un privilegio asistencial, sino una obligación jurídica estatal cuyo incumplimiento genera responsabilidad internacional" (p. 118). Esta conclusión legítima, incluso exige, la intervención judicial.

2. El fallo y la función tutelar del DADSE

La Dirección de Asistencia Directa por Situaciones Especiales (DADSE), creada en 2004, surgió como un mecanismo compensatorio dentro del federalismo sanitario argentino, orientado a garantizar el acceso a medicamentos, prótesis, insumos de alto costo y subsidios a personas sin cobertura. Su diseño responde a una lógica de justicia distributiva basada en la solidaridad federal, donde el Estado Nacional actúa como garante frente a las desigualdades estructurales del sistema.

Tal como desarrolla Torronteguy (2014), la DADSE se consolidó como un instrumento clave para superar las barreras regionales, económicas y administrativas que obstaculizan el acceso real al derecho a la salud. En ese sentido, su interrupción generó un vacío institucional que afectó a miles de pacientes, justificando la acción colectiva iniciada por organizaciones civiles.

El fallo del juez Dos Santos ordenó al Estado Nacional restablecer la operatividad de la DADSE, resolver los expedientes acumulados y garantizar que los pacientes no vieran interrumpido su acceso a tratamientos esenciales. Esta decisión se encuadra dentro de un modelo de tutela judicial efectiva que prioriza la urgencia sanitaria por sobre plazos administrativos o argumentos presupuestarios.

Más aún, el fallo se articula con los estándares del Comité DESC, particularmente su Observación General N° 14 (2000), que establece que los Estados deben garantizar el acceso a servicios esenciales de salud sin interrupciones injustificadas y que la falta de recursos no puede invocarse como excusa para negarlos. En este marco, el amparo colectivo se presenta como una herramienta eficaz para la protección estructural del derecho a la salud, fortaleciendo la participación social en la defensa de derechos fundamentales.

Desde una lectura integradora, la sentencia reafirma que el Poder Judicial cumple un rol esencial en situaciones donde la inacción administrativa amenaza con profundizar desigualdades. Y este punto es importante: el fallo no es activismo, sino cumplimiento del mandato constitucional de proteger derechos esenciales.

3. Valoración del fallo frente a la reorganización institucional (DINADIC)

La creación de la Dirección Nacional de Asistencia Directa y Compensatoria (DINADIC), formalizada mediante la Resolución 42/2025 del Ministerio de Salud, implicó un rediseño operativo de los programas de provisión de medicamentos de alto costo. Aunque la reforma se justificó en términos de modernización, eficiencia y uso racional del recurso

público, su implementación generó importantes retrasos y discontinuidades, afectando a pacientes con necesidades urgentes.

Aquí se vuelve relevante el concepto de no regresividad, un principio central del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, según el cual toda modificación institucional debe evitar retrocesos injustificados en la protección alcanzada. Aizenberg (2014) advierte que las reformas sanitarias deben evaluarse desde su impacto real sobre la equidad: “no puede hablarse de eficiencia cuando su costo es la exclusión sanitaria” (p. 21).

El fallo analizado se sitúa justamente en esa línea: reconoce la legitimidad del Estado para reorganizar sus estructuras administrativas, pero advierte que dicha reorganización no autoriza a interrumpir tratamientos esenciales ni a generar un vacío institucional que deje a los pacientes sin acceso efectivo al sistema de salud.

Desde una perspectiva política, la sentencia tensiona el discurso gubernamental de austeridad, recordando que la estabilidad fiscal no tiene jerarquía superior a los derechos fundamentales. Desde una perspectiva jurídica, reafirma que la administración pública debe adecuar su actuación a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, y que cualquier reforma institucional debe contemplar medidas transitorias que aseguren la continuidad de las prestaciones.

El fallo, en definitiva, redefine los límites constitucionales de la reforma sanitaria, estableciendo que la eficiencia administrativa solo es válida si preserva la equidad y el acceso universal.

III. Perspectiva dworkiniana y tutela judicial efectiva

La sentencia puede analizarse a la luz de la teoría de Ronald Dworkin, quien concibe los derechos fundamentales como principios que poseen un peso moral superior a las consideraciones utilitaristas o de conveniencia política. En “Taking Rights Seriously” (1977), el autor sostiene que los derechos funcionan como “trumps” frente a políticas públicas que intenten sacrificarlos en nombre de la eficiencia administrativa o la conveniencia fiscal. Esta concepción resulta particularmente relevante cuando las decisiones estatales afectan prestaciones esenciales vinculadas con la salud y la vida.

Desde esta perspectiva, el rol del juez Dos Santos se aproxima al del “juez Hércules”, figura que Dworkin emplea como metáfora del intérprete que procura construir la decisión más coherente con el sistema jurídico entendido como un entramado moral y normativo. El razonamiento judicial del fallo demuestra que la protección del derecho a la salud no puede reducirse a un análisis meramente formalista ni puede subordinarse a la reorganización administrativa que, aunque válida en términos de política pública, no puede implicar retrocesos.

Además, la doctrina dworkiniana pone de relieve la importancia de la integridad del derecho, entendida como la obligación de los jueces de decidir de manera consistente con los principios constitucionales que estructuran el orden jurídico. En materia sanitaria, ello implica articular la interpretación jurídica con los principios de equidad, accesibilidad y universalidad, evitando soluciones que profundicen desigualdades estructurales.

La perspectiva dworkiniana también ilumina el debate sobre la legitimidad del control

judicial sobre políticas públicas. Para Dworkin, cuando los derechos fundamentales están en riesgo, los jueces no solo pueden sino deben asumir un rol protagonista en la corrección de fallas institucionales. La salud, por su estrecha vinculación con la dignidad humana, encaja perfectamente dentro de esta categoría de derechos que exigen tutela judicial reforzada.

Este enfoque se integra con la doctrina nacional. Sagüés (2011) sostiene que la protección judicial de los derechos sociales es constitucionalmente obligatoria cuando la inactividad estatal compromete bienes esenciales. Para él, la justicia debe ejercer un control "intenso" cuando se trata de derechos vinculados con la vida o la integridad personal. Por su parte, Cassagne (2010) afirma que el juez debe garantizar la juridicidad y razonabilidad de los actos de la Administración, evitando arbitrariedades derivadas de decisiones administrativas que, aunque formalmente válidas, resulten sustantivamente injustas.

En este sentido, la sentencia comentada no constituye una invasión en la esfera política, sino la materialización de un mandato constitucional: preservar la integridad de los derechos en contextos donde la omisión estatal genera afectaciones graves. El Poder Judicial actúa aquí como un contrapeso necesario frente a una política sanitaria cuya implementación interrumpió tratamientos esenciales, generando un perjuicio desproporcionado. La tutela judicial efectiva, así concebida, trasciende la mera declaración de derechos: exige decisiones concretas que restablezcan la vigencia material del derecho a la salud. La cautelar dictada por el juez Dos Santos es un ejemplo paradigmático de cómo los jueces pueden y deben actuar preventivamente frente a riesgos inminentes derivados de reformas administrativas insuficientemente planificadas.

IV. Conclusiones

El fallo del Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 2 constituye un precedente paradigmático que reafirma el papel central del Poder Judicial en la protección del derecho a la salud en contextos de crisis institucional. En un escenario político marcado por reformas estructurales, racionalización del gasto y reconfiguración de programas sanitarios, la sentencia recuerda que la eficiencia administrativa no puede prevalecer sobre la dignidad humana ni sobre la continuidad de tratamientos esenciales.

El pronunciamiento del juez Dos Santos demuestra que la tutela judicial efectiva opera como una herramienta indispensable frente a vacíos administrativos que generan riesgos reales para la integridad física de los pacientes. La decisión no supone un exceso judicial, sino el ejercicio del deber constitucional de garantizar que las políticas públicas respeten los principios de equidad, accesibilidad y no regresividad.

La reorganización institucional que dio lugar a la DINADIC plantea desafíos significativos para el sistema sanitario argentino. El fallo comentado expone la necesidad de diseñar reformas administrativas con criterios de gradualidad y con mecanismos de transición que aseguren la continuidad de prestaciones esenciales. En este sentido, el juez Dos Santos brinda un parámetro interpretativo claro: ninguna reforma es constitucionalmente válida si produce retrocesos injustificados en la protección del derecho a la salud.

Desde una dimensión teórica, la sentencia permite observar cómo las concepciones de Dworkin sobre la moralidad del derecho y el rol del juez se materializan en decisiones concretas que buscan equilibrar principios constitucionales con la realidad social. Asimismo,

mo, se articula con los aportes de Sagüés y Cassagne, quienes coinciden en la necesidad de un control judicial robusto en materia de derechos fundamentales.

La decisión trasciende el caso concreto, proyectando un mensaje claro al Estado: el derecho a la salud no admite interrupciones arbitrarias, y su garantía efectiva constituye un límite material a cualquier reorganización administrativa. El fallo, por tanto, redefine el vínculo entre derechos humanos, políticas públicas y responsabilidad estatal, situando al derecho a la salud en el centro del debate jurídico contemporáneo.

Referencias bibliográficas

- Abramovich, V., & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.
- Aizenberg, M. (2014). *Estudios acerca del Derecho de la Salud*. Instituto de Derecho de la Salud – UBA.
- Campodónico de Beviacqua, Ana Carina c/ Ministerio de Salud y Acción Social, Fallos 323:3229 (Corte Suprema de Justicia de la Nación 2000).
- Cassagne, J. C. (2010). *Derecho Administrativo y Justicia Constitucional*. Abeledo Perrot.
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación General N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 PIDESC)*. Naciones Unidas.
- Dworkin, R. (1977). *Taking rights seriously*. Harvard University Press.
- Ministerio de Salud de la Nación. (2025). *Resolución 42/2025. Reglamento para la provisión de medicamentos de alto costo*. <https://www.argentina.gob.ar/noticias/salud-establece-nuevo-reglamento-para-la-provision-de-medicamentos-de-alto-costo-y>
- Müller, Á. (2014). El derecho de la salud y los derechos humanos. En M. Aizenberg (Dir.), *Estudios acerca del Derecho de la Salud* (pp. [páginas]). Instituto de Derecho de la Salud – UBA.
- Palabras del Derecho. (2025). Ordenaron al Estado Nacional resolver los pedidos de entrega de medicamentos para personas vulnerables. <https://www.palabrasdelderecho.com.ar/articulo/5669/Ordenaron-al-Estado-Nacional-resolver-los-pedidos-de-entrega-de-medicamentos-para-personas-vulnerables>
- Sagüés, N. P. (2011). *Derechos sociales y control judicial*. La Ley.
- Torronteguy, M. A. A. (2014). Derecho sanitario: un campo interdisciplinario. En M. Aizenberg (Dir.), *Estudios acerca del Derecho de la Salud* (pp. [páginas]). Instituto de Derecho de la Salud – UBA.

Acciones colectivas y protección del derecho a la salud de adultos mayores

Collective actions and the protection of elderly people's right to health

Maria Florencia Tripaldi¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)70](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)70)

Comentario a

Usuarios y Consumidores Unidos c/ Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación
Incumplimiento de prestación de obra social/medicina prepaga.

Resolución del 16 de septiembre de 2024

Juzgado Civil y Comercial Federal N° 5

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 5 de la Capital Federal, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2024, en el marco de la causa de referencia, resolvió una acción colectiva iniciada por la Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos contra la obra social demandada, en razón de la baja sistemática de afiliados jubilados y su alta compulsiva al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI). El tribunal reconoció la legitimación activa de la asociación conforme al artículo 43 de la Constitución Nacional y a los artículos 52, 54 y 55 de la Ley 24.240, aplicando la doctrina del caso "Halabi". Rechazó la excepción de prescripción al considerar que la práctica era continuada y vulneraba derechos fundamentales como la salud y la seguridad social. Ordenó a la obra social abstenerse de realizar bajas automáticas y reafiliar a los afectados, disponiendo medidas de publicidad masiva. Asimismo, desestimó el pedido de daño punitivo y la declaración de inconstitucionalidad de normas reglamentarias. El fallo consolida la protección del derecho a la salud de los adultos mayores y fortalece el uso de las acciones colectivas como mecanismo de defensa de los consumidores frente a prácticas arbitrarias, reafirmando la jerarquía constitucional y convencional del derecho a la salud.

¹ Abogada (UNNE); Especialización en penal en curso (UCA); Maestría en Magistratura y Función Judicial en curso (UNNE). Profesora Adscripta de la Cátedra "B" de Derecho Público Provincial y Municipal (UNNE). Se desempeña como escribiente de la Cámara Federal de Apelaciones de la ciudad de Resistencia, Chaco. Mail: flortripaldi0@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/0009-0005-2136-473X>

ABSTRACT

The Federal Civil and Commercial Court No. 5 of Buenos Aires, through its judgment of September 16, 2024, in the case “*Usuarios y Consumidores Unidos v. Obra Social de la Unión Personal Civil de la Nación – Breach of Health Service/Private Health Insurance Obligations*”, resolved a collective action filed by the Civil Association Usuarios y Consumidores Unidos against the defendant health insurance provider for the systematic removal of retired affiliates and their compulsory transfer to National Institute of Social Services for Retirees and Pensioners (PAMI). The court recognized the association’s standing under Article 43 of the Argentine Constitution and Articles 52, 54, and 55 of Law 24,240, applying the doctrine established in the Halabi precedent. It rejected the statute of limitations defense, considering the practice continuous and in violation of fundamental rights such as health and social security. The court ordered the insurer to refrain from automatic disaffiliations and to re-enroll affected members, also requiring broad public dissemination of the ruling. It further dismissed the claims for punitive damages and the declaration of unconstitutionality of regulatory decrees. This decision consolidates the protection of the right to health for older adults and strengthens collective actions as mechanisms for consumer protection against arbitrary practices, reaffirming the constitutional and conventional hierarchy of the right to health.

PALABRAS CLAVE: Derecho a la salud, Seguridad social, Protección del consumidor, Acciones colectivas, Grupos Vulnerables.

KEYWORDS: Health rights; Social security; Consumer protection; Collective actions; Vulnerable Groups.

I. Introducción

El derecho a la salud constituye uno de los pilares fundamentales del sistema de derechos humanos, reconocido no solo en el ámbito nacional, sino también en el derecho internacional. Su relevancia trasciende la mera ausencia de enfermedad, comprendiendo un estado de bienestar físico, mental y social que permite al individuo desarrollarse plenamente. Esta concepción integral de la salud fue formalmente reconocida por la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946), y ha servido de guía para la elaboración de normas nacionales e internacionales que buscan garantizar el acceso equitativo y universal a los servicios sanitarios.

En el ámbito internacional, diversos instrumentos consagran la protección del derecho a la salud como un derecho humano fundamental. La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH, 1948), en su artículo 25, reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado que asegure la salud y el bienestar, incluyendo alimentación, vivienda y atención médica. De igual modo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC, 1966), en su artículo 12, establece la obligación de los Estados de garantizar el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. La Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Carta Social Europea también refuerzan la obligación de los Estados de adoptar medidas que aseguren la accesibilidad, disponibilidad y calidad de los servicios de salud, especialmente para los sectores más vulnerables de la población.

El derecho a la salud, además, posee un carácter transversal que lo vincula con otros

derechos fundamentales, tales como la educación, el trabajo y la vivienda. Su efectiva protección no solo implica la prestación de servicios médicos, sino también la creación de políticas públicas integrales que contemplen determinantes sociales de la salud, como las condiciones laborales, la alimentación, la vivienda digna y el acceso a la educación. De esta forma, la salud se constituye como un derecho que articula distintos ámbitos del bienestar social y que requiere la coordinación de múltiples actores estatales y privados para su garantía efectiva.

En Argentina, la estructura del sistema de seguridad social refleja esta dimensión integral del derecho a la salud. El sistema está compuesto por las obras sociales sindicales y profesionales, que brindan cobertura a los trabajadores activos y sus grupos familiares. El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (PAMI) asiste a los adultos mayores afiliados al régimen previsional nacional. La normativa vigente reconoce la opción de los jubilados y pensionados a permanecer en su obra social original o al traspaso al PAMI, siempre garantizando la continuidad de la cobertura. Las prácticas como las bajas automáticas de afiliación y los cambios compulsivos de obra social, generan conflictos de derechos, afectando directamente la autonomía del beneficiario y su acceso a servicios de salud adecuados.

El caso, objeto del presente comentario, se enmarca en esta problemática, donde la baja sistemática de afiliados jubilados por parte de una obra social y su traslado obligatorio al PAMI evidencia la vulnerabilidad específica de los adultos mayores. Este grupo poblacional es considerado especialmente vulnerable por la disminución de su capacidad física o presencia de enfermedades crónicas, cognitivas, sociales y/o por factores económicos. En virtud de las características antes mencionadas, la Organización Mundial de la Salud (en adelante OMS), señala la necesidad de medidas de protección específicas para garantizar el acceso pleno a los servicios de salud por parte de este grupo poblacional. En el ámbito nacional, la Ley N° 27.360 de Protección Integral del Adulto Mayor reconoce derechos fundamentales como la autonomía, la libre elección de cobertura y la no discriminación, estableciendo la obligación del Estado y de los prestadores de salud de garantizar el acceso a recursos y servicios de salud, asegurando la continuidad de las prestaciones. La jurisprudencia argentina también ha destacado la especial tutela de este grupo, considerando que cualquier afectación a su derecho a la salud requiere un análisis riguroso de proporcionalidad y razonabilidad, dada su situación de vulnerabilidad.

En este contexto, la sentencia dictada por el Juzgado Civil y Comercial Federal N.º 5, aborda no solo un conflicto individual, sino una cuestión de relevancia colectiva: la protección del derecho a la salud de los jubilados frente a prácticas arbitrarias de las obras sociales, reafirmando la necesidad de garantizar la accesibilidad, continuidad y calidad de los servicios sanitarios en cumplimiento de las normas nacionales e internacionales.

En el caso, el tribunal debía pronunciarse sobre cuestiones centrales, como la legitimación de la asociación actora, la admisibilidad de la acción colectiva, la prescripción de la acción, la ilicitud de la práctica denunciada, la procedencia del daño punitivo y los planteos de inconstitucionalidad de las normas reglamentarias en juego. La resolución se inscribe en la línea jurisprudencial inaugurada por *Halabi* (CSJN, 2009, Fallos 332:111).

Finalmente, el juez hizo lugar parcialmente a la demanda ordenando la reafiliación de los jubilados y pensionados afectados, y reafirmando la protección del derecho a la salud

y la validez de las acciones colectivas como mecanismo de defensa de los derechos de consumidores y usuarios.

La resolución se inscribe así en la línea jurisprudencial inaugurada por la Corte Suprema en “Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional” (2009), que reconoció la procedencia de las acciones colectivas en defensa de derechos individuales homogéneos. A través de este comentario se analizarán los fundamentos jurídicos y el alcance del fallo, destacando su aporte a la consolidación de las acciones colectivas, la tutela del derecho a la salud y la protección judicial de los adultos mayores.

II. La acción colectiva y la legitimación de la asociación actora

1. Fundamento constitucional y legal

A. Marco normativo

La acción colectiva que motiva este caso se sustenta en un sólido marco constitucional y legal. Por un lado, el artículo 43 de la Constitución Nacional reconoce a los consumidores y usuarios la posibilidad de accionar judicialmente en defensa de sus derechos, incluyendo aquellos de incidencia colectiva, extendiendo la tutela más allá de los conflictos individuales. Por otro lado, los artículos 52, 54 y 55 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor habilitan expresamente a las asociaciones de usuarios registradas a promover acciones colectivas para proteger derechos individuales homogéneos, ampliando el alcance de la tutela judicial a los efectos colectivos de las conductas lesivas.

En particular, el artículo 54 regula las acciones de incidencia colectiva, estableciendo que toda solución conciliatoria o transaccional debe contar con la intervención del Ministerio Público Fiscal y con homologación por auto fundado, asegurando la defensa de los intereses de los consumidores que no participaron directamente del juicio. Además, la ley prevé la expansión de la cosa juzgada a todos los consumidores o usuarios en condiciones similares, salvo los que expresamente se aparten de la solución adoptada, y establece pautas claras para la reparación de daños patrimoniales y diferenciales, garantizando el principio de reparación integral (Ritto, 2016, pp. 100-105).

El tribunal, en el caso comentado, reconoció la legitimación activa de la Asociación Civil Usuarios y Consumidores Unidos, tomando en cuenta tanto su inscripción en el Registro Nacional de Asociaciones de Consumidores como sus normas estatutarias, que tienen por finalidad la defensa de los derechos de los consumidores. Este criterio sigue la doctrina del precedente “Asociación SEPA Defenderse c/ Secretaría de Energía de la Nación” (CSJN, 2018) y se alinea con la jurisprudencia consolidada por la Corte Suprema en casos como “Halabi, Ernesto c/PEN” (2009), “Padec c/ Swiss Medical” (2013) y “Cavaliere c/ Swiss Medical” (2015), que reconocen la legitimación de las asociaciones para promover acciones colectivas en defensa de intereses individuales homogéneos.

Desde la doctrina, se destaca que los derechos de incidencia colectiva no pertenecen a una persona en particular, sino a un grupo de personas que comparten intereses homogéneos, y que la acción colectiva permite que la tutela judicial sea efectiva y

expedita. Tal como explica Ritto (2016, p. 104), siguiendo la doctrina sentada por la CSJN, estos derechos pueden ser tanto sobre bienes colectivos (que no admiten apropiación individual) como sobre intereses individuales homogéneos, en los cuales un hecho único o continuado afecta a un conjunto de personas en condiciones semejantes. La acción colectiva, en este último supuesto, constituye un mecanismo de defensa que permite concentrar los efectos de una sentencia para todos los miembros del grupo, garantizando la reparación y protección de los derechos vulnerados de manera uniforme, sin que cada integrante deba litigar individualmente.

En virtud de lo expuesto podemos sostener que el sistema de defensa del consumidor consagra un nuevo paradigma de ciudadanía social, en el que el Estado asume un rol activo en la protección de los derechos frente a relaciones asimétricas. Este enfoque resulta plenamente aplicable al ámbito sanitario, donde el usuario se encuentra en una posición de debilidad estructural frente a los prestadores de servicios médicos, justificando así la intervención judicial a través de acciones colectivas.

B. Jurisprudencia y doctrina aplicable

La Corte Suprema, en el caso *Halabi* (CSJN, 2009, Fallos 332:111) reconoció la existencia de acciones de clase en aquellos supuestos donde un grupo de personas resultan afectadas por un mismo hecho o conducta que vulnera sus derechos individuales homogéneos. Este fallo amplificó el acceso a la justicia y consolidó la representación colectiva como herramienta eficaz de tutela judicial efectiva.

Gozaíni (2022, p. 338) explica que “las acciones de grupo o de clase se originan a partir de un hecho que provoca daños masivos o una amenaza generalizada que reconoce un sector especialmente afectado. Los perjudicados constituyen una pluralidad de sujetos que se vinculan por el nexo causal, y ya sea en forma individual o agrupada, llevan su reclamo a la justicia con el fin de obtener una reparación patrimonial, o el cese de las conductas perturbadoras”.

En la misma línea, la Corte Suprema sostuvo este criterio en “*PADEC c/ Swiss Medical S.A.*” (CSJN, 2013, Fallos P.361.XLIII), citado en Ritto (2016, p.355), donde reconoció la legitimación de las asociaciones de consumidores para promover acciones en defensa de los afiliados contra empresas de medicina prepaga. Allí sostuvo que los derechos vinculados al acceso a la salud poseen una dimensión tanto individual como colectiva, cuya tutela no puede restringirse a los sujetos directamente afectados. La conducta de la entidad demandada -la modificación unilateral de las cuotas- afectaba de manera análoga a una pluralidad de personas, configurando un supuesto de derechos de incidencia colectiva referidos a intereses individuales homogéneos.

Este precedente refuerza la aplicación del principio pro homine, en tanto impone interpretar las normas en el sentido más favorable a la persona en situación de vulnerabilidad. Además, demuestra que las decisiones judiciales en materia sanitaria trascienden el interés individual, proyectando efectos protectores sobre un universo más amplio de sujetos, al consolidar estándares de actuación estatal y privada orientados a la garantía efectiva del derecho a la salud.

En sentido concordante, en el precedente *Fernández, Claudia Andrea c/ IOSPER y Otros s/amparo ley N° 16.986*, el Juzgado Federal N.º 2 de Paraná reconoció el derecho de

la actora a continuar su afiliación en la obra social nacional a la que pertenecía durante su etapa activa, ordenando la transferencia de los aportes correspondientes y reafirmando la vigencia del principio de libre opción del jubilado. Esta decisión fue posteriormente confirmada por la Cámara Federal de Paraná.

Continuando con similar criterio, la Corte Suprema en *“Albónico, Guillermo Rodolfo y otro c/ Instituto Obra Social”*, consideró que el paso a la pasividad no puede implicar la pérdida automática de la cobertura médica ni la imposición de un cambio de obra social, pues ello vulneraría el derecho constitucional a la salud y a la seguridad social.

III. El planteo de la demandada y la excepción de prescripción

1. Argumentos de la demandada

La obra social demandada opuso las excepciones de falta de legitimación activa, falta de acción y prescripción, alegando que no existían intereses homogéneos y que sus actos estaban amparados por la normativa del sistema de salud.

Si bien la demandada invoca la autonomía institucional y el principio de solidaridad para justificar la negativa de afiliación, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido que este derecho no puede ser ejercido en desmedro del derecho a la salud. Gozaíni (2022, p. 399) destaca que el derecho de opción del afiliado debe interpretarse de manera amplia y razonable, priorizando la protección de los derechos fundamentales.

2. Respuesta del tribunal

A. Carácter continuado de la conducta

El tribunal rechazó la excepción de prescripción interpuesta por la obra social, al considerar que la conducta denunciada no se agotó en un hecho puntual, sino que se configuró como una omisión persistente y sistemática, cuyas consecuencias se renuevan de manera continua en el tiempo. La falta de afiliación o reafluación de los beneficiarios al sistema de salud produce un perjuicio diario, de modo que la afectación no cesa mientras subsiste el incumplimiento.

Este razonamiento se apoya en la doctrina consolidada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que ha sostenido reiteradamente que la prescripción debe interpretarse de forma restrictiva cuando están en juego derechos fundamentales, en particular los vinculados con la seguridad social. En el caso *“Halabi, Ernesto c/ P.E.N. – Ley N° 25.873 – dto. 1563/04”* (Fallos 332:111), el Máximo Tribunal estableció que los actos que afectan derechos colectivos deben evaluarse en su conjunto, reconociendo la existencia de acciones de clase cuando un grupo de personas se ve afectado por una misma conducta que vulnera derechos individuales homogéneos.

En consonancia con dicho precedente, el juez entendió que no se trataba de hechos aislados o esporádicos, sino de una serie de acciones que, consideradas en su totalidad, configuran un patrón de conducta lesiva. Por tanto, la prescripción debía computarse desde el último acto que produjo la afectación, y no desde el primero.

Según lo expuesto por el Magistrado en el caso en análisis, este criterio coincide con la jurisprudencia en materia de actos de trato sucesivo, según la cual cada omisión o

negativa constituye un nuevo acto lesivo que reactiva el curso de la acción. De esta manera, el juzgado reafirmó que la prescripción no puede operar como un obstáculo para la reparación de violaciones estructurales, especialmente cuando se trata de derechos esenciales de grupos vulnerables, como las personas mayores o con discapacidad.

B. Aplicación del principio pro homine

El juez sostuvo que los derechos involucrados -salud y seguridad social- poseen jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22 CN) y que su protección reviste un carácter prioritario respecto de los adultos mayores, conforme a lo dispuesto por el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Sobre esta base, aplicó el principio pro homine, conforme al cual, en caso de duda, debe preferirse la interpretación más favorable a la eficacia y vigencia de los derechos humanos. Este principio ha sido reconocido tanto por la Corte Suprema argentina como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* (2006) sostuvo que los jueces deben aplicar la norma “más amplia o la interpretación más extensiva” cuando se trata de proteger derechos fundamentales.

En el mismo sentido, Gozaíni (2022, p. 363) explica que el principio pro homine implica que la interpretación jurídica debe buscar siempre el mayor beneficio para la persona, recurriendo a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos, y a la más restringida cuando se establecen límites a su ejercicio. Este criterio hermenéutico refuerza la postura del tribunal, que interpretó las normas previsionales y reglamentarias de manera flexible, priorizando el goce efectivo del derecho a la salud por sobre formalidades procesales o administrativas.

La decisión buscó evitar que las omisiones del sistema de seguridad social se traduzca en exclusiones injustificadas de cobertura, afectando de manera desproporcionada a personas jubiladas y pensionadas.

IV. El derecho a la salud y la ilicitud de la conducta

1. Marco normativo nacional e internacional

El tribunal recordó que el derecho a la salud posee jerarquía constitucional y convencional (arts. 42 y 75 incs. 22 y 23 CN). Asimismo, invocó el artículo 12 del PIDESC y la Observación General N.º 14 del Comité DESC (2000), que reconocen la obligación de los Estados de garantizar el acceso universal y no discriminatorio a servicios de salud adecuados.

En la misma línea, la OMS (1946) definió la salud como un derecho humano integral que requiere políticas públicas inclusivas. En el plano nacional, la CSJN ha sostenido reiteradamente -en precedentes como “Albónico” (2001) e “Itzcovich” (2005)- que la obtención de la jubilación no implica un traslado automático al PAMI, sino que el afiliado conserva el derecho a permanecer en su obra social salvo manifestación expresa en contrario.

En virtud de la Convención Interamericana sobre Protección de Derechos Humanos de las Personas Mayores, incorporada a nuestro ordenamiento mediante la Ley N° 27.360,

los Estados deben garantizar a las personas mayores un trato diferenciado y preferencial en todos los ámbitos, incluyendo la tramitación, resolución y ejecución de decisiones en procesos administrativos y judiciales (fallos 343:264). En particular, el artículo 19 de la Convención reconoce el derecho de la persona mayor a la salud física y mental sin discriminación alguna, obligando a los Estados a asegurar acceso universal, equitativo y oportuno a servicios de salud de calidad, incluyendo la atención primaria, la prevención, la rehabilitación y los cuidados paliativos. Además, insta a implementar políticas públicas intersectoriales que promuevan un envejecimiento activo y saludable, así como la salud sexual y reproductiva de las personas mayores.

Esta norma refuerza la necesidad de proteger de manera especial a los jubilados y pensionados frente a prácticas como el traslado compulsivo de obras sociales, en tanto afecta de manera directa su derecho a la salud y vulnera los estándares internacionales de atención preferencial y no discriminatoria.

2. La conducta de la obra social

A. Violación del principio de autonomía

El juzgado calificó como ilegítima y arbitraria la baja automática de afiliados jubilados por parte de la obra social demandada, al implicar una ruptura unilateral del vínculo asistencial sin causa legal, vulnerando la autonomía de los beneficiarios. Esta conducta contradice el denominado “derecho de opción” en materia de obras sociales, reconocido por la normativa nacional (Decreto 9/93 y Decreto 504/98), que garantiza la libre elección del afiliado sobre su cobertura de salud. La baja automática o el traslado compulsivo de afiliados jubilados constituye, por tanto, una restricción ilegítima de este derecho fundamental (Gozaíni, 2022, pp. 414-415).

En este sentido, la conducta de la obra social afecta directamente la autonomía y la seguridad jurídica de los beneficiarios, vulnerando el derecho a la libre elección y a la continuidad de la cobertura de salud, especialmente relevante para los adultos mayores, quienes constituyen un grupo vulnerable frente a prácticas arbitrarias o compulsivas.

B. Falta de consentimiento expreso

El PAMI, creado por la Ley N°19.032 como Programa de Atención Médica Integral para Jubilados y Pensionados, cubre la salud de una gran parte del sector jubilado y de su grupo familiar. Sin embargo, las normas de creación del Instituto establecen que la afiliación es facultativa y requiere la manifestación inequívoca de voluntad del beneficiario, no siendo obligatoria bajo ningún supuesto (Gozaíni, 2022, pp. 414-415; Fallos 330:1927). La obra social, en consecuencia, carece de facultades legales para trasladar de manera automática o compulsiva a sus afiliados al PAMI, y cualquier intento de hacerlo vulnera tanto la normativa interna como los derechos del beneficiario a mantener su cobertura original.

Asimismo, el artículo 16 de la Ley N°19.032 y el artículo 10, inciso a, de la Ley N°23.660, reconocen expresamente el derecho de los jubilados a optar por permanecer en su obra social de origen o trasladarse al PAMI mediante una decisión expresa. La ausencia de constancia de tal opción no puede interpretarse como renuncia tácita a la cobertura anterior, y la transferencia unilateral realizada sin consentimiento carece de sustento legal (Gozaíni, 2022, pp. 414-415; Fallos 324:1550).

Las normas de constitución de la obra social PAMI establecen que la afiliación de jubilados es facultativa, no automática; por tanto requieren expresa convalidación por parte de sus afiliados. En razón de ello, la transferencia compulsiva dispuesta por la obra social carece de respaldo legal. Esta conducta implica una discriminación indirecta hacia los adultos mayores y una vulneración del derecho a la libre elección del sistema de cobertura.

3. Dimensión colectiva y sujetos vulnerables

Aunque podría sostenerse que el conflicto planteado se refiere a intereses individuales -ya que cada afiliado afectado podría, en principio, promover su propia demanda-, el tribunal advierte que el derecho en juego posee una innegable dimensión colectiva. El acceso a la salud y a la cobertura médica no puede analizarse de manera aislada, puesto que su vulneración impacta directamente en grupos de especial protección constitucional, como las personas mayores y las personas con discapacidad.

En esta línea, Gozaíni (2022, p. 316) señala que, tras la reforma constitucional de 1994, cobró énfasis el deber de brindar respuestas especiales y diferenciadas a los sectores vulnerables, con el fin de asegurarles el goce pleno y efectivo de sus derechos, destacando que el envejecimiento y la discapacidad son causas predisponentes de vulnerabilidad que exigen mayores recursos para evitar que se vea comprometida la existencia, calidad de vida y ejercicio de sus derechos fundamentales.

En este contexto, el caso adquiere una relevancia social que excede lo meramente individual: se trata de garantizar la afiliación o, en su defecto, la reafiliación a la obra social demandada de aquellos beneficiarios que, al obtener su jubilación o pensión, no manifestaron oportunamente su voluntad de ser transferidos al Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados (INSSJP), conforme lo establece el artículo 16, tercer párrafo, de la Ley N.º 19.032.

El fallo, en consecuencia, reafirma la necesidad de interpretar las normas que regulan el sistema de salud desde una perspectiva inclusiva y proactiva, priorizando la protección de los sectores que, por su condición, enfrentan mayores barreras para ejercer plenamente sus derechos. En este sentido Gozaíni (2022, p. 10) señala: “cuando se ponderan hechos o actos lesivos de carácter fundamental, como es el derecho a la salud, cuanto se diga y ejecute encontrará una eficacia refleja que trae un impacto directo en los sujetos intervinientes, e indirecto para todos aquellos que forman parte de un sistema de salud. De allí que este probable efecto de incidencia colectiva es cuanto caracteriza el resultado de la decisión jurisdiccional, y por ello, los derechos debieran calificarse con estas apreciaciones y valoraciones”.

V. La sentencia y sus efectos

1. Órdenes impartidas

El fallo ordenó a la obra social:

- a. Abstenerse de desvincular afiliados jubilados o pensionados sin su consentimiento expreso.
- b. Reafiliar a quienes hubiesen sido dados de baja compulsivamente, siempre que no

tuvieran procesos individuales en trámite.

c. Cumplir con medidas de publicidad masiva en medios gráficos, televisivos y digitales, conforme al art. 54 de la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor.

2. Aspectos rechazados

El tribunal rechazó el pedido de daño punitivo, al no configurarse una conducta dolosa ni de gravedad extrema. Tampoco declaró la inconstitucionalidad de los decretos N°292/95 y N°492/95, considerando suficiente su interpretación restrictiva conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

VI. Conclusiones

El fallo analizado constituye un precedente relevante en materia de acciones colectivas y protección del derecho a la salud. Reafirma la legitimación de las asociaciones de consumidores para actuar en defensa de derechos individuales homogéneos y consolida la aplicación del principio *pro homine* en la interpretación de normas que puedan restringir el acceso a derechos fundamentales.

La sentencia también refuerza la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en *Halabi* (CSJN, 2009, Fallos 332:111), destacando la importancia de las acciones colectivas como herramientas eficaces para la tutela judicial efectiva de grupos vulnerables. En esa línea, adopta una visión dinámica del derecho a la salud, coherente con los estándares internacionales establecidos por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, 2000) y con los principios de universalidad, equidad y accesibilidad consagrados por la Organización Mundial de la Salud (OMS, 1946).

Asimismo, el fallo aporta claridad sobre la compatibilidad entre el régimen de obras sociales y la continuidad de la cobertura médica al acceder a la jubilación, reafirmando la autonomía de los beneficiarios y la obligación de las obras sociales de garantizar la permanencia de las prestaciones. Con ello, contribuye al fortalecimiento de la jurisprudencia nacional en torno a la protección integral del derecho a la salud y al desarrollo de un proceso colectivo más garantista, inclusivo y accesible, en consonancia con los compromisos internacionales asumidos por la República Argentina.

No obstante, el precedente deja planteados ciertos desafíos que merecen consideración. Por un lado, la sentencia se apoya en criterios interpretativos amplios que, si bien resultan adecuados para tutelar derechos fundamentales, requieren una aplicación uniforme por parte de los tribunales inferiores para evitar disparidades en la protección de los beneficiarios del sistema de salud. Por otro lado, el fallo evidencia la persistente necesidad de que las obras sociales adopten políticas institucionales claras y proactivas que eviten litigios innecesarios y aseguren una transición transparente de los afiliados hacia el sistema previsional. En este sentido, la decisión judicial constituye un avance significativo, pero también revela las deudas estructurales del sistema de seguridad social, cuya corrección exige no solo la intervención de los tribunales, sino también reformas administrativas y normativas que garanticen mayor previsibilidad y accesibilidad para los usuarios.

Referencias bibliográficas

- Cámara Federal de Paraná. (2020). *Fernández, Claudia Andrea c/ IOSPER y otros s/ amparo ley 16.986 (Expte. 364-2020)*. elDial.com (AABC63). Recuperado de <https://www.eldial.com/>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general n.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud*. Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.ohchr.org/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil (Sentencia de fondo, reparaciones y costas)*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2006). *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú (2006)*. Recuperado de <https://www.corteidh.or.cr/>
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2001). *Albónico, Orlando c/ Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados*. Fallos, 324:677.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2004). *Itzcovich, Horacio c/ ANSeS*. Fallos, 327:5118.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2009). *Halabi, Ernesto c/ Poder Ejecutivo Nacional*. Fallos, 332:111.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2012). *Cavalieri, Jorge y otro c/ Swiss Medical*. Fallos, 335:1080.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2013). *PADEC c/ Swiss Medical S.A*. Fallos, P.361.XLIII.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (2018). *Asociación SEPA Defenderse c/ Secretaría de Energía de la Nación*. Fallos, 341:2670.
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Naciones Unidas.
- Gozaíni, O. A. (2022). *Derecho a la salud y juicio de amparo* (1.ª ed. rev.). Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- Luna, A. D. (2020). *El derecho de opción de Obra Social al momento de obtener el beneficio previsional a la luz de un fallo de Entre Ríos*. elDial.com (DC2B02). Recuperado de <https://www.saij.gob.ar/>
- Organización de los Estados Americanos. (2015). Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores. Recuperado de <https://www.oas.org/>
- Organización Mundial de la Salud. (1946). Constitución de la Organización Mundial de la Salud. OMS.
- Organización Mundial de la Salud. (2001). *Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF)*. OMS.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Naciones Unidas.
- Ritto, G. (2016). *Sistema de defensa del consumidor: paradigmas del nuevo Código y de las leyes 26.993 y 24.240*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: 20XII Grupo Editorial.
- Sagasta, M. J. (2021). *Libertad de elección de Obra Social o derecho de opción*. SAJ (Id DACF210127). Recuperado de <https://www.saij.gob.ar/>

Gestación por sustitución y los conflictos de intereses entre la pretensa gestante y el interés superior del niño

Surrogacy and Conflicts of Interest between the Intended Surrogate and the Best Interests of the Child

María Victoria Minetto Vázquez¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)71](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)71)

Comentario a

D.L.P Y OTROS AUTORIZACION" – Auto n° 496 – 31/05/2024

Juzgado de Familia de Cuarta Nominación de la ciudad de Córdoba

Acceso al Fallo

RESUMEN:

En el caso analizado, se aborda la situación de una pareja heterosexual que presenta un acuerdo de voluntad procreacional, formalizado mediante escritura pública junto con la mujer que actuaría como gestante. Solicitan al tribunal su homologación y la consecuente autorización para iniciar una TRHA bajo la modalidad de gestación por sustitución.

Explican que recurren a esta vía debido a que la pretensa madre presenta antecedentes médicos significativos, entre ellos miomas, endometriosis y diversos embarazos fallidos, que le imposibilitan llevar adelante una gestación. Señalan también que han realizado múltiples tratamientos de fertilidad sin resultados exitosos, motivo por el cual solicitan una resolución rápida, atendiendo a los tiempos biológicos y al impacto emocional que la situación genera.

Por último, requieren que, de ser aprobada la homologación y en caso de que el niño o niña nazca con vida, se ordene su inscripción como hijo de los padres intencionales.

No obstante, tras la intervención de los organismos técnicos y médicos correspondientes, se concluye que la gestante presenta una patología (Neurofibromatosis Tipo I) que podría agravarse durante el embarazo, generando riesgos evitables en un procedimiento de carácter electivo. Además, el acuerdo no contempla adecuadamente los posibles riesgos

¹ Abogada (UBP); Martillera y Corredora Pública (UBP); Doctoranda en Derecho (UBP); Diplomada en Derecho Procesal Civil (UBP); Asistente Instructora en Procesos Orales del Juzgado de 1ª Inst. Civ. Com. Concil. 1ª Nom. Sec 2 de la ciudad de Bell Ville, Provincia de Córdoba.
Mail: victoriaminetto vazquez@gmail.com. Nro. de ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0001-5142-2869>.

para la salud de la gestante ni el impacto que ello podría tener sobre su propio hijo. Por estos motivos, el Tribunal no hace lugar al pedido y rechaza la autorización para llevar adelante la gestación por sustitución.

ABSTRACT

In the case analyzed, a heterosexual couple appears before the Family Court who, together with the woman who would act as the gestational carrier, presents an agreement of procreational will formalized through a public deed, requesting its approval and judicial authorization to carry out an Assisted Human Reproduction Technique (TRHA) under the modality of gestational surrogacy.

The applicants base their request on the medical impossibility of the intended mother to carry a pregnancy, given the presence of uterine myomatosis, severe endometriosis, and a history of failed pregnancies, in addition to multiple unsuccessful fertility treatments. They also argue the need for an urgent resolution, both due to the biological timelines involved and the emotional strain accumulated after years of attempts.

Likewise, they request that, should authorization be granted and the child be born alive, the child be registered as the son or daughter of the intentional parents.

However, after the intervention of the Public Prosecutor's Office, the CATEMU, and the Committee on Medical, Health, and Bioethical Practices, it is determined that the gestational carrier suffers from Neurofibromatosis Type I, a condition that could worsen during pregnancy and that poses avoidable maternal risks in an elective procedure. In addition, the Court notes that the agreement submitted does not adequately address the risks to the gestational carrier's health nor the impact that any potential harm could have on her own minor child.

Consequently, the Court concludes that the necessary requirements to grant the requested measure are not met—particularly the need to ensure the physical and psychological integrity of the gestational carrier—and therefore rejects the authorization to carry out the gestational surrogacy, without ruling on the unconstitutionality of Article 562 of the Civil and Commercial Code.

PALABRAS CLAVE: TRHA, Gestación por subrogación; Acuerdo de voluntad procreacional; Derecho a la Salud; Interés Superior del Niño/a.

KEYWORDS: TRHA; Gestation by surrogacy; Procreational will agreement; Right to health; Best Interest of the Child.

I. Introducción

El 28 de marzo de 2023 los señores L.D. y C.G. presentan un acuerdo de voluntad procreacional solicitando la homologación del convenio suscripto por los intervinientes y la posterior autorización para llevar adelante una Técnica de Reproducción Humana Asistida —en adelante TRHA—. Dicho acuerdo fue formalizado mediante escritura pública y firmado tanto por los peticionantes como por la señora S.D., quien asumiría el rol de gestante. La presentación no se limita a requerir la autorización para la práctica médica, sino que incorpora un planteo de inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación, argumentando que dicha norma resulta incompatible con el sistema de derechos fundamentales.

En este sentido, los accionantes sostienen que el artículo mencionado vulnera principios

y garantías de jerarquía constitucional y convencional, particularmente en lo referido al derecho a la libertad reproductiva, el derecho a procrear, la vida privada, la igualdad y no discriminación, la protección familiar y el acceso a los avances científicos y tecnológicos. Alegan que las limitaciones que impone dicha disposición, al reconocer como madre únicamente a la mujer que da a luz, desconoce la voluntad procreacional expresada por quienes carecen de la posibilidad biológica de gestar, configurando una restricción irrazonable que, según su postura, contraviene tanto los principios de autonomía personal como los estándares fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos reproductivos.

Asimismo, los solicitantes destacan la necesidad de que el tribunal adopte una resolución con premura, atendiendo al impacto emocional y a los tiempos biológicos involucrados en el proceso de fertilización, así como a la relevancia que, para ellos, reviste la posibilidad de concretar finalmente su proyecto familiar. En este marco, introducen consideraciones sobre la trayectoria médica y emocional que los llevó a esta instancia, enfatizando que la gestación por sustitución constituiría la única vía disponible para la materialización de su deseo de conformar una familia. De este modo, la solicitud se presenta no solo como un pedido concreto de autorización, sino también como un cuestionamiento a la omisión legislativa y a la falta de regulación específica sobre la gestación por sustitución en el derecho argentino, circunstancia que —según los peticionantes— coloca en situación de vulnerabilidad jurídica a quienes recurren a estas técnicas.

II. Conceptualización de la gestación por sustitución

Una de las primeras definiciones que se conocieron respecto del instituto analizado fue la de Coleman, para quien *“la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo biológico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se la insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darla a luz o procrearla. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada la adopte”*.² Para el autor, sólo es posible la gestación por sustitución provocada a través de la inseminación artificial y en la que la gestante aporta sus gametos. Los comitentes deben ser una pareja, que debe ser heterosexual y estar casada. Además, debe ser infértil y el hombre debe aportar su material genético, previendo, para la transferencia de la filiación inicialmente reconocida en la gestante, distinta solución para el hombre al que reconoce directamente como padre, que, para la mujer, a la que demanda una adopción.

Por otro costado, encontramos la definición brindada por Brazier (Brazier, Campbell & Golombok 1998, p. 73), para quién la gestación por sustitución es *“la práctica mediante la cual una mujer lleva un embarazo para otra/s persona/s como resultado de un acuerdo, previo a la concepción, de que el niño debe ser entregado a esa/s persona/s después de nacer”*.³

Por mi parte entiendo que la gestación por sustitución implica que una mujer, como gestante, accede a *gestar al hijo de otra persona o pareja*. A los futuros padres del bebé

2 Coleman, P. «Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions». *Tennessee Law Review*, 50, 1982, pp. 71-118, en p. 75.

3 Brazier, M., Campbell, A., Golombok, S. Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation (Cm. 4068). Department of Health, Londres, 1998, p. 73.

se les llama habitualmente *padres de intención*. Es una manifestación de voluntades en donde una mujer lleva adelante un embarazo para otra persona o pareja. Se aplica como terapia para toda persona que desee tener un hijo y que no tenga posibilidad de llevar adelante el embarazo ya sea un hombre, dos hombres, en mujeres por ausencia del útero, enfermedad o por riesgo de vida.

III. Hechos

Los peticionantes manifiestan que en el año 2012 comenzaron con la búsqueda de su primer hijo, pero al no tener resultados exitosos, deciden consultar a un médico ginecólogo. A la Sra. L.D. (futura madre de intención) le diagnostican miomatosis uterina con presencia de cuatro miomas de los cuales sólo uno es extraído por cirugía laparoscópica juntamente con la extracción de un nódulo en la mama derecha. En dicha cirugía se le diagnostica la presencia de endometriosis severa. En noviembre del año 2012 la pareja solicitante realiza la primera consulta a un centro de fertilidad donde se les indica realizar un tratamiento de reproducción asistida llamado ICSI (Intra Cytoplasmic Sperm Injection). En agosto de 2015, luego de estudios realizados a la señora L.D. se le informa que tiene tres miomas de diferentes tamaños. Proceden a realizar el tratamiento de fertilidad a partir del cual se conforman cuatro embriones, se transfieren dos produciéndose un embarazo ectópico, generándose un aborto espontáneo a los quince días de la transferencia. En octubre siguiente se realiza una segunda transferencia no obteniendo resultados positivos. Desde entonces los Sres. L.D. y C.G. realizan las primeras averiguaciones médicas y legales para proceder con la gestación por sustitución. La Sra. S.D. amiga de la pareja les expresa que estaría dispuesta a ser la gestante de su futuro hijo/a demostrando un altísimo grado de convicción y seguridad expresando que cuidaría del bebe por el término de nueve meses, no teniendo inconvenientes en portar su embarazo debido a que ella no tiene interés por el momento de volver a ser madre, siéndolo ya, de un niño de once años de edad, cuyo nombre es T. Cabe destacar que de resultar positiva la petición al Tribunal lográndose la inseminación artificial por vía de la gestación por sustitución, por un costado uno de los padres intencionales aportaría el material genético y por el otro se realizaría ovo donación.

IV. Principios invocados por los peticionantes.

Al interponer la demanda, los requirentes plantean la inconstitucionalidad del artículo 562 Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN). Destacan que, conforme el principio de razonabilidad, ningún derecho receptado por el bloque de constitucionalidad podría ser regulado de tal forma de que dicha regulación altere la esencia misma de ese derecho; es decir, ninguno de los valores establecidos por nuestro cuerpo constitucional podría ser coartado de forma arbitraria por una norma u acto estatal emitida por alguno de los poderes constituidos, ya que los valores enunciados por la Constitución constituyen un límite inderogable.

Alegan los peticionantes que “la libertad reproductiva”, la “protección familiar”, la “igualdad y no discriminación”, el “goce de las nuevas tecnologías” son derechos expresamente receptados en nuestro bloque constitucional y que por lo cual el actuar del Congreso en el establecimiento de la norma 562 del CCyCN., sería arbitrario e irrazonable, contradiciendo lo reglado por el art. 28 de la Constitución Nacional.

De los principios alegados por quienes interponen la demanda de podemos decir que, la libertad reproductiva implica que todas las personas tenemos derecho a disfrutar de

una vida sexual elegida libremente, sin violencia, riesgos ni discriminación. Respecto a los derechos reproductivos cabe destacar que todas las personas tenemos derecho a decidir en forma autónoma y sin discriminación si tener o no tener hijos, con quién, cuantos y de qué forma.

En lo atinente al derecho de igualdad y no discriminación, relacionándose con el derecho a fundar una familia, podemos referenciar que es aquel que implica condiciones de igualdad y libertad, sin condicionamientos de ningún tipo, especialmente, en cuanto a la orientación sexual de los miembros de la pareja o de una persona sola. En este sentido, se expresó (Notrica, Melón & González 2016, s/p) que "(...) desde la consagración constitucional-convencional del derecho humano a fundar una familia con su inmediata derivación en los derechos reproductivos, es que la igualdad debe ser real, reconocida por la ley, y sin discriminación hacia un sector de la población que debido a problemas de salud —infertilidad— o a su orientación sexual, queda al margen de la posibilidad de procrear"⁴.

En el ámbito Nacional Constitucional se brinda la denominada "*protección integral*" a la familia (art. 14 bis, CN). Por su parte, el art. 16 la ampara fundándolo en el principio de igualdad entre todos los habitantes juntamente con "...el art. 19 que establece y protege una amplia zona de autonomía y desarrollo personal, permitiendo que cada persona pueda formar el tipo de familia que desee siempre que no conculque derechos de terceros". La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, sin discriminar tipos de familia. Es menester destacar que se relaciona con la autonomía reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, lo cual involucra el derecho de acceder a la tecnología médica necesaria para ejercer ese derecho.

V. Análisis de los órganos intervinientes en el proceso judicial.

El Ministerio Público Fiscal señala que sin perjuicio de la prueba aportada en autos, debe acreditarse que la futura gestante se encuentra en condiciones físicas y psíquicas de someterse a un proceso como el pretendido. Fundamenta su opinión en la "protección del derecho a la salud" en función del principio básico de no dañar, el derecho constitucional a la salud, el principio de dignidad humana y el orden público. Agrega que el derecho a conformar una familia tiene expresa consagración en nuestro bloque constitucional (art. 17, CADH). Sin embargo, tal derecho no es absoluto y encuentra como límite en la voluntad plena y la integridad física y psíquica de la pretensa gestante, que se asientan sobre el más elemental respeto a su dignidad humana, en que subyace el derecho a la salud. El mismo órgano concluye que, al no encontrarse acreditado el extremo mencionado, debe rechazarse la demanda interpuesta no correspondiendo pronunciarse sobre la inconstitucionalidad del artículo 562 Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, el Cuerpo Auxiliar Técnico Multidisciplinario (CATEMU) luego de expedirse en autos por medio de su informe explícita que se advierte que el matrimonio peticionante de la demanda manifiesta claridad y seguridad acerca de los acuerdos realizados en función de que han sido resultado de la comunicación y diálogo entre ellos. Coincide el órgano interviniente con el Ministerio Público Fiscal al expresar que la gestante debe tener plena capacidad, buena salud física y psíquica. Es por ello por lo que solicita la intervención del Comité de prácticas médicas, sanitarias y bioéticas del Poder Judicial de

4 NOTRICA, Federico - MELÓN, Pablo - GONZÁLEZ, A. (2016). "La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada". Id SAIJ: DACF150426, s/p.

Córdoba, a fin de que se expida sobre el aspecto médico mencionado.

Los médicos intervinientes del Comité de prácticas médicas, sanitarias y bioéticas del Poder Judicial de Córdoba expresan que, la Sra. S.D. (pretensa gestante) presenta una patología de base Neurofibromatosis tipo I (NFT1). La misma es una patología hereditaria, de curso crónico, por lo general de evolución benigna, que se caracteriza por manchas en la piel y tumoraciones en distintas áreas corporales durante todo el transcurso de la vida. Si bien, el embarazo no está contraindicado, el mismo puede ocasionar mayor aparición de las manifestaciones antes descriptas o exacerbación del tamaño de las existentes. Por lo antes mencionado y al tratarse la gestación por sustitución de un procedimiento electivo, no aconseja dicho comité que la gestante sea candidata para la subrogación por los riesgos materno que podrían presentarse y ser evitables.

El tribunal se pronuncia manifestando que no desconoce que existe un derecho fundamental a intentar procrear y beneficiarse de los avances de la ciencia y el derecho de formar una familia. No obstante, analiza con mayor rigor los límites de la autonomía de la voluntad y la protección de la integridad física y psíquica de las personas. Expresa que en el caso bajo examen se encuentra con un informe médico en el que se advierten que no están dadas las condiciones para llevar adelante la técnica solicitada, con ello se diluye el presupuesto de la existencia del derecho y tornan improcedente la medida solicitada. La magistrada referencia que, el derecho a la salud, está comprendido dentro del más fundamental como lo es el derecho a la vida que tiene toda persona, y es obligación de la Magistratura, como así también el resto de los operadores jurídicos que intervienen en una decisión como la planteada, encaminar las actuaciones a los fines de su consecución.

Asimismo, el Tribunal interviniente manifiesta que no puede pasar por alto la situación familiar de la futura gestante, quien es madre de un niño de once años, que no cuenta con filiación paterna. Resalta la funcionaria que en el acuerdo firmado por las partes no se contemplan los posibles eventos de salud que puedan generarse en la persona de la gestante. Además, considera que ello pone de manifiesto que el interés superior del hijo de la mujer gestante no se encuentra debidamente tutelado ante las eventuales contingencias que pudieran acontecer durante el curso del embarazo o el parto. Finalmente, el Tribunal rechaza la autorización a realizar la TRHA.

VI. El derecho a la salud

El derecho a la salud, como derecho humano básico, está relacionado con el derecho a la vida, la integridad física y el bienestar de la familia; y como tal reconocido en la Constitución Nacional y enriquecido con los instrumentos internacionales que ingresan al plexo constitucional. Entre ellos, Declaración Universal de Derechos Humanos reza que: *"Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios necesarios"* (art. 25 párrafo 1). Así la Observación General del comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que interpreta el art. 12 del Pacto, nos dice que la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente.

Según la Organización Mundial de la Salud debe definirse a salud como *"un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enferme-*

dades" (Organización Mundial de la Salud 1946, p. n/d). En estos términos, cabe resaltar que el derecho a la salud expande proyecciones a toda una gama de situaciones y relaciones que excede la tradicional noción de 'no estar enfermo' para aproximarse a lo que puede definirse como una situación integral de bienestar psíquico, físico y mental, moral y social que abarca todas las facetas que componen la compleja personalidad humana. De esta manera, se puede llegar a la conclusión que "salud es una síntesis; es la síntesis de una multiplicidad de procesos, de lo que acontece con la biología del cuerpo, con el ambiente que nos rodea, con las relaciones sociales, con la política y la economía internacional" (Organización Mundial de la Salud 1946, p. n/d).⁵ Con lo plasmado, se advierte que el concepto de salud abarca diversas disciplinas como la economía, la sociología, las ciencias de la administración y la psicología entre otras.

VII. Interés superior del niño.

En primer lugar, el interés superior del niño, la niña y el adolescente debe entenderse como la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por la ley. Entre ellos se incluye el respeto a su condición de sujetos de derecho, sus derechos en el entorno familiar, social y cultural, así como sus condiciones personales. Resulta esencial remarcar que, ante un conflicto entre los derechos de niñas, niños y adolescentes y otros intereses igualmente legítimos, deben prevalecer los primeros.

Por otra parte, dicho interés superior encuentra fundamento en la dignidad humana, en las características propias de la infancia y en la necesidad de asegurar su desarrollo pleno, aprovechando todas sus potencialidades. Así lo sostiene la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, este principio debe orientar y condicionar todas las decisiones adoptadas por los tribunales encargados de resolver casos que involucren a niños, niñas y adolescentes, incluida la propia Corte. En situaciones de conflicto entre intereses de igual jerarquía, el interés moral y material de los niños debe primar, incluso por encima del de sus progenitores.

Finalmente, la protección del interés superior del niño, la niña y el adolescente solo puede considerarse adecuadamente satisfecha si se analiza a la luz de las circunstancias específicas del caso. Ello implica que su configuración exige examinar minuciosamente las particularidades de cada situación y optar, entre las soluciones posibles, por aquella que contemple de la manera más amplia la realidad concreta de los infantes.

VIII. Conclusiones

Si bien la resolución resulta jurídicamente fundada, no deja de mostrar una postura particularmente restrictiva por parte del Tribunal. Es cierto que la Neurofibromatosis Tipo I de la gestante implica riesgos potenciales, pero no constituye una contraindicación absoluta para llevar adelante un embarazo. En este sentido, el estándar aplicado por la magistrada parece elevar de manera considerable el umbral de exigencias, generando —en la práctica— un impacto limitante para el acceso real a la gestación por sustitución, aun en contextos donde la autonomía de la voluntad se encuentra plenamente manifestada y el consentimiento es informado.

5 ZALAZAR, CLAUDIA E. – CARRANZA, GONZALO G. "Derecho y salud en perspectiva – Estudios de Derecho a la Salud", *Advocatus*, octubre, 2019, p. 11 y ss.

El Tribunal, en vez de explorar alternativas menos restrictivas —como exigir mayor supervisión médica, adecuar el acuerdo presentado o requerir garantías adicionales que preservaran la integridad de la gestante y de su hijo— opta por la solución más conservadora: el rechazo directo de la práctica. Esta decisión, aunque prudencial, deja abierta la discusión sobre si la función judicial en estos casos debe actuar como un límite rígido o como un dispositivo orientado a compatibilizar derechos, permitiendo la práctica bajo condiciones seguras. En definitiva, la resolución protege intereses relevantes, pero al mismo tiempo restringe de forma considerable las posibilidades reproductivas de los accionantes, evidenciando la tensión constante entre autonomía, salud y vulnerabilidad. Del caso traído a estudio podemos decir que, si bien a primera vista y con un análisis sobrevolado de la causa, referenciando los principios de libertad reproductiva, protección familiar, igualdad y no discriminación y el goce de las nuevas tecnologías alegado por los peticionantes, podría autorizarse por parte de la magistrada interviniente la práctica de gestación por sustitución, lo cierto es que cada caso debe ser analizado en concreto. En primer lugar, no hay dudas por lo expuesto precedentemente que los principios alegados son reconocidos no sólo por nuestro plexo normativo sino también por demás órganos internacionales, lo que no está en discusión en el caso de marras.

Los órganos involucrados en la causa, tal como incumbe hacerlo, han analizado minuciosamente cada una de las pruebas incorporadas en la misma, así como las situaciones particulares que atraviesan las partes involucradas, esto es los futuros padres de intención, la pretensa gestante y su hijo.

Respecto de los accionantes, podemos decir que se dan los presupuestos para llevar adelante la práctica de gestación por sustitución. Sin perjuicio de ello, y poniendo especial atención en la pretensa gestante, se advierte que la misma presenta una patología de base, hereditaria, y que, si bien el embarazo no está contraindicado, el mismo puede ocasionar una potenciación en la enfermedad. Por otro costado, y como detalle no menor, en el acuerdo presentado por las partes nada se dice respecto a los posibles eventos que podrían darse en la salud de la gestante. Ello lleva a la magistrada interviniente a analizar el punto mencionado, poniendo especial énfasis en los límites de la autonomía de la voluntad y la protección a la integridad física y psíquica de la misma, quien a su vez —y como ya se ha mencionado— tiene un hijo de once años que no cuenta con filiación paterna, situación que lo coloca en condición de vulnerabilidad.

Cabe destacar que, de autorizarse la práctica de gestación por sustitución y de presentarse alguna de las hipótesis no contempladas en el acuerdo que concluyera en una eventual afectación a la salud de la mujer gestante, su hijo se vería altamente perjudicado.

Con lo antedicho y analizando todo el contexto del caso, queda más que probado que los derechos del niño no se encontrarían resguardados ante las eventuales contingencias que podrían ocurrir. Se debe contemplar que, ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad aun frente al de sus progenitores.

Por último, y coincidiendo con el Tribunal, se observa que con la resolución dictada se contempla la salud de la futura gestante y la vulnerabilidad del hijo de la misma ante los posibles riesgos de la práctica.

Referencias bibliográficas

- Bidart Campos, G. J. (2001). Lo explícito y lo implícito en la salud como derecho y como bien jurídico constitucional. En G. Mackinson (Dir.), *Salud, derecho y equidad. Principios constitucionales. Políticas de salud. Bioética, alimentos y desarrollo* (pp. 23 y ss.). Ad-Hoc.
- Brazier, M., Campbell, A., & Golombok, S. (1998). *Surrogacy: Review for Health Ministers of current arrangements for payments and regulation* (Cm. 4068). Department of Health.
- Carranza, G. G. (2023). Garantía de la dignidad de la mujer gestante en la gestación por sustitución. Un estudio a partir de la jurisprudencia de Córdoba (Argentina). *Revista de Direito Brasileira*, 301-318.
- Coleman, P. (1982). Surrogate motherhood: analysis of the problems and suggestions for solutions. *Tennessee Law Review*, 50, 71-118.
- Constitución de la Nación Argentina.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación. (s.f.). *Interés superior del niño: protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes* (1.^a ed.). <https://sj.csjn.gov.ar/homeSJ/suplementos/suplemento/1/documento>
- Declaración Universal de Derechos Humanos. (1948). <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>
- Notrica, F., Melón, P., & González, A. (2016). La gestación por sustitución como una realidad que no puede ser silenciada. Sistema Argentino de Información Jurídica (DACF150426). s/p.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (1966). <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/23782/norma.htm>
- Zalazar, C. E., & Carranza, G. G. (2019), p. 11 y ss. *Derecho y salud en perspectiva – Estudios de Derecho a la Salud*. Advocatus.

El derecho a la salud y la vacunación infantil: repensando el alcance de la responsabilidad parental

The right to health and childhood vaccination: rethinking the scope of parental responsibility

Gino Sgro¹

DOI: [https://doi.org/10.37767/2591-3476\(2025\)72](https://doi.org/10.37767/2591-3476(2025)72)

Comentario a

Expediente N° 13264044/2024 - Medidas urgentes

Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil de San Francisco, Córdoba

Acceso al Fallo

RESUMEN:

El artículo analiza la negativa de los progenitores a vacunar a su hijo recién nacido, como una problemática jurídica que pone en tensión el derecho a la salud y la autonomía familiar. A partir de un caso resuelto en 2024 por el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil de San Francisco (Córdoba), se examinan los alcances de la Ley N° 27.491 sobre control de enfermedades prevenibles por vacunación y su articulación con la Ley N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Se sostiene que el ejercicio de la responsabilidad parental no puede ser antifuncional ni abusivo, pues encuentra su límite en el interés superior del niño, especialmente cuando se compromete el derecho a la salud.

El trabajo propone un enfoque integral basado en el principio de corresponsabilidad y en la protección reforzada de los derechos de las infancias, destacando la necesidad de articular medidas entre los sistemas sanitario, judicial y administrativo para asegurar el cumplimiento efectivo de la inmunización obligatoria.

¹ Abogado. Especialista en Derecho de las Familias (UNCuyo). Profesor Adscripto de la cátedra de Derecho de las Familias de la UNCuyo. Tutor Académico de la Especialización en Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia de la UNPAZ. Co-Asesor de Niñas, Niños y Adolescentes y Personas Incapaces y con Capacidad Restringida de la 1° Circunscripción Judicial de la provincia de Mendoza.
Contacto: gnsgr@gmail.com. Código ORCID: <https://orcid.org/0009-0003-7685-2701>.

ABSTRACT

This article examines parental refusal to vaccinate children as a legal issue that generates tension between the right to health and family autonomy. Based on a 2024 ruling by the Court for Children, Adolescents, Family Violence, Gender-Based Violence, and Juvenile Criminal Matters in San Francisco (Córdoba), it explores the scope of Law No. 27.491 on the control of vaccine-preventable diseases and its intersection with Law No. 26.061 on the Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents.

The paper argues that parental responsibility must not be exercised in a dysfunctional or abusive manner, as it is constrained by the best interests of the child—particularly when the right to health is at risk.

Adopting an integrated approach grounded in the principle of shared responsibility and the enhanced protection of children's rights, the article underscores the need for coordinated action among health, judicial, and administrative systems to ensure effective compliance with mandatory immunization.

PALABRAS CLAVE: Vacunación infantil; derecho a la salud; responsabilidad parental; protección integral de las infancias.

KEYWORDS: Childhood vaccination; right to health; parental responsibility; best interests of the child; comprehensive child protection.

I. Introducción

“Dosis cero” es el término utilizado en medicina para designar a aquellos niños menores de un año que no han recibido ningún tipo de vacuna. Una nota publicada recientemente en el portal de noticias Infobae insta a reflexionar sobre la disminución global en las tasas de vacunación infantil y el incremento del riesgo de enfermedades graves cuya propagación puede prevenirse mediante una adecuada inmunización (Chavez, 2025).

En relación con este tema, una investigación difundida en *The Lancet* señala que, desde su inicio en 1974, el Programa Ampliado de Inmunización (PAI), coordinado por la Organización Mundial de la Salud (OMS), ha alcanzado logros significativos, como la prevención de alrededor de 154 millones de muertes infantiles a nivel mundial y la administración de vacunas a más de 4 mil millones de personas menores de edad. No obstante, en las últimas décadas persisten desigualdades notables en la cobertura y se evidencia un estancamiento en los avances en materia de acceso y equidad en el suministro, situación que se ha visto agravada tras la pandemia de COVID-19 (Haeuser et al., 2025).

Los datos proporcionados por el Informe Nacional de Coberturas del Calendario Nacional de Vacunación, actualizado a septiembre de 2025, muestran que las dosis aplicadas en los primeros meses de vida mantienen coberturas altas, pero el suministro de los refuerzos disminuye pronunciadamente (Ministerio de Salud, 2025).

Puede analizarse la problemática de la vacunación infantil desde diferentes perspectivas. Por un lado, el enfoque jurídico exige revisar los estándares relativos al derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes, así como los principios destinados a asegurar su cumplimiento efectivo. Este enfoque parte de reconocer que el estado tiene la obligación de adoptar medidas preventivas frente a riesgos epidemiológicos procurando la protec-

ción de las personas menores de edad, aunque al mismo tiempo deben considerarse los límites que impone el respeto por la autonomía familiar y la libertad de conciencia.

Desde una perspectiva institucional, la vacunación implica un reto de gobernanza sanitaria que requiere coordinación entre diversos niveles y sectores estatales en áreas como salud, educación, desarrollo social y justicia, junto con la participación activa de las familias y las organizaciones de la sociedad civil.

El principio de corresponsabilidad guía las políticas orientadas a asegurar los derechos de niñas, niños y adolescentes y su implementación depende de la planificación estratégica de acciones relacionadas con la promoción de derechos, de una asignación presupuestaria adecuada para llevarlas a cabo, de la formación de quienes las ejecutan y de la generación de confianza pública a través de comunicaciones claras y fundadas en evidencia científica.

Entonces, la vacunación constituye no solo una estrategia preventiva y eficaz de salud pública, sino también un llamado a reflexionar acerca del equilibrio necesario entre la autonomía personal y el deber de solidaridad, especialmente con miras a garantizar el bienestar de los grupos más vulnerables.

Hace una década, un estudio agrupó en tres categorías a las niñas y niños que no acceden a la vacunación obligatoria o encuentran limitaciones en el acceso (Justich, 2015); clasificación que no pierde actualidad, por cierto. El elemento común es la ausencia de participación de las personas menores de edad no obstante su condición de sujetos de derechos.

El primero comprende a quienes enfrentan barreras estructurales: pobreza, desigualdad y/o desplazamiento territorial, falta de acceso a servicios y cuidados básicos o insuficiencia de recursos sanitarios son condiciones que suelen concentrarse en poblaciones rurales, migrantes o “vulnerabilizadas” por el entorno, en las que la presencia estatal es muy débil y las políticas públicas resultan ineficaces para garantizar una cobertura sostenida. El segundo grupo incluye a niños que, a causa de algunas condiciones médicas específicas no pueden recibir vacunas o, aun estando vacunados, no generan la respuesta inmunitaria esperada; dependen de la inmunidad colectiva para su protección. Por ejemplo, los niños seropositivos para VIH que no están en tratamiento antirretroviral (TARV) no deberían recibir la vacuna BCG (*Bacillus Calmette-Guérin*) hasta alcanzar una estabilidad en los niveles de linfocitos CD4, ya que presentan un mayor riesgo de desarrollar tuberculosis. Además, es común que los niños nacidos con VIH tengan respuestas inmunológicas reducidas ante los toxoides diftérico y tetánico, lo que puede afectar la formación de anticuerpos para esas enfermedades. En algunos casos, no los desarrollan a pesar de haber recibido las vacunas indicadas, mientras que en otros la concentración es menor en comparación con quienes no tienen VIH y puede disminuir durante los primeros años de vida.

El tercer grupo es el más complejo, ya que abarca las exclusiones del sistema voluntarias o “impuestas” cuando los adultos responsables rechazan la vacunación por razones personales, ideológicas, religiosas o por desconfianza en el servicio de salud. La falta de información clara y los mensajes contradictorios de organismos públicos pueden debilitar la confianza en estos procedimientos.

En ese sentido, Mantilla y Alonso (2025) sostienen que “Explorar en las perspectivas de estos grupos puede brindar información valiosa sobre los procesos a través de los cuales se gestan las actitudes de dudas o desconfianza hacia las vacunas. Si bien la reticencia a la vacunación viene siendo extensamente estudiada, las investigaciones que exploran en los procesos de toma de decisiones respecto de la vacunación infantil son escasas, en especial en países de América Latina” (p. 2).

El objetivo de este trabajo es analizar la trascendencia jurídica de la negativa a vacunar a niñas y niños. También se estudian los medios que el ordenamiento jurídico pone a disposición de los organismos llamados a intervenir cuando esa negativa persiste. Para lograr tal cometido, se toma como punto de partida un caso resuelto el 15 de octubre de 2024 por el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil de San Francisco, Córdoba.

II. Breve síntesis del fallo

En octubre de 2024, el Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género y Penal Juvenil de San Francisco, Córdoba, autorizó a las autoridades de la Clínica San Justo a vacunar compulsivamente a un recién nacido, tras la negativa de sus progenitores, a quienes emplazó a cumplir con el Calendario Nacional de Vacunación obligatorio. Además, notificó al órgano administrativo de protección de derechos y al Área de Salud del Municipio de San Francisco para que tomaran intervención en el ámbito de sus competencias.

El magistrado fundó su decisión en las disposiciones de la Ley N° 27.491, que establece el control de enfermedades prevenibles mediante vacunación y consideró que la inmunización es una estrategia preventiva de salud pública. Recurrió a algunos antecedentes jurisprudenciales en la materia para concluir que la negativa de los padres a vacunar a su hijo generaba un riesgo no solo para el niño, sino también para la comunidad, al afectar la eficacia del régimen nacional de vacunación.

III. El derecho a la salud como derecho humano

El derecho a la salud ha sido desde siempre objeto de preocupación por parte de los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos. Y no podía ser de otra manera porque, pese a la ausencia de previsión literal en el Pacto de San José de Costa Rica, los numerosos casos que comprometen su vigencia hacen necesario -cada vez más- delimitar sus contornos y especificar las consecuencias de sus vulneraciones (Sanabria Moyano et al., 2019).

La cuestión de su tutela en los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido una constante, pero han variado los argumentos para su justificación. Corsi e ricorsi, ha interpretado el tratado en forma evolutiva y se ha remitido también a otros instrumentos internacionales para reafirmar el carácter de su exigibilidad, siempre relacionándolo con el derecho a la vida y el derecho a la integridad personal.

Solo recientemente reconoció que integra las disposiciones del artículo 26 de la CADH relativo al desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), justiciable en forma autónoma.

A principios del siglo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos decía que:

Los Estados son responsables de regular [...] con carácter permanente la prestación de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad, de tal manera que disuada cualquier amenaza al derecho a la vida y a la integridad física de las personas sometidas a tratamiento de salud. Deben, inter alia, crear mecanismos adecuados para inspeccionar las instituciones,[...] presentar, investigar y resolver quejas y establecer procedimientos disciplinarios o judiciales apropiados para casos de conducta profesional indebida o de violación de los derechos de los pacientes. (Corte IDH, 2006, párr. 99).

En un caso resuelto a fines de 2024, precisó el estándar relativo al derecho a la salud al interpretar que comprende el derecho de toda persona a contar con un estado completo de bienestar físico, mental y social derivado de un estilo de vida que permita alcanzar un balance integral (Corte IDH, 2024, párr. 120). No protege a las personas exclusivamente respecto de enfermedades, sino que incluye también el disfrute del más alto nivel posible de salud, que permita vivir dignamente.

El cambio de concepción es evidente: deja de lado el aspecto puramente médico para entender a la salud como un proceso determinado por componentes históricos, socio-económicos, culturales, biológicos y psicológicos.

La cuestión adquiere especial relevancia y es de mucha actualidad cuando se trata de la primera infancia: la referida interrelación entre derecho a la vida, derecho a la salud y derecho a la integridad personal se intensifica en esa franja etaria. No por casualidad, el artículo 6 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) impone a los estados la obligación de reconocer el derecho inherente a la vida de todo niño y de garantizar, en la mayor medida posible, su supervivencia y desarrollo bajo su jurisdicción.

El artículo 42 de la constitución nacional argentina menciona a la salud como uno de los derechos que titularizan los consumidores y usuarios de bienes y servicios en el contexto de las relaciones de consumo. Además, gracias a lo establecido en su artículo 75 inciso 22, cuenta con una protección mucho más amplia, respaldada por normas como los artículos XI de la Declaración Americana de Derechos Humanos y 10 del Protocolo de San Salvador. Por otro lado, de manera implícita, el derecho a la salud se encuentra comprendido en las previsiones del artículo 33 de nuestra ley fundamental.

En el ámbito infraconstitucional, el artículo 14 de la Ley N° 26.061 establece el derecho de niñas, niños y adolescentes a recibir una atención integral de su salud. Esa integralidad presupone la coordinación de acciones multinivel para brindar atención eficiente, oportuna y accesible que considere tanto la integridad física y mental de la persona como su contexto social y familiar.

Hablando de acciones, la Ley N.º 27.491 reconoce a la vigilancia epidemiológica como un eje fundamental de la salud pública (art. 3) y considera a la vacunación una estrategia preventiva altamente efectiva; un bien social que encuentra sentido en algunos principios esenciales (art. 2). Entre ellos, se destacan: gratuidad de las vacunas y del acceso a los servicios de vacunación, con equidad social para todas las etapas de la vida; obligatoriedad para los habitantes de aplicarse las vacunas; prevalencia de la salud pública por sobre el interés particular; disponibilidad de vacunas y de servicios de vacunación; participación de todos los sectores de la salud y otros vinculados con sus determinan-

tes sociales, con el objeto de alcanzar coberturas de vacunación satisfactorias en forma sostenida.

Zelaya (2019) explica que la normativa vigente cumple con una finalidad educativa para la gran mayoría de la población que no conoce que es necesario vacunarse para evitar la vuelta de enfermedades que habían sido controladas; todo ello, a partir de diferentes iniciativas de la autoridad de aplicación.

IV. La responsabilidad parental y el derecho a la salud

En agosto de 2025, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) cumplió sus primeros diez años de vigencia. Sin dudas, uno de los campos donde ha tenido un impacto más significativo es el de la responsabilidad parental. La regulación vigente, muy atenta a la realidad que la rodea, busca contribuir a mejorar la organización de la vida familiar y brindar respuestas más equitativas a los conflictos que se plantean respecto de los hijos comunes cuando cesa del proyecto de vida compartido.

En esa labor, el principio de coparentalidad ha cumplido un papel decisivo; no solo por lo que representa en sí mismo, sino porque ha permitido continuar con el camino de la erradicación de los patrones y estereotipos de género en la crianza.

Faraoni y Nieve Bensabath (2024) señalan que promover la coparentalidad implica, en definitiva, reconocer a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos porque la participación comprometida de ambos progenitores incide de manera directa en su desarrollo integral. Entre sus deberes están cuidar de sus hijos, convivir con ellos, prestarles alimentos y educarlos, así como considerar sus necesidades específicas según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo según el artículo 646 del Código Civil y Comercial. (CCyC).

La disposición refiere al cuidado en términos generales, sin mencionar expresamente el derecho a la salud pero, no obstante ello, constituye ese un aspecto prioritario cuando se trata de personas menores de edad. Tan es así que el código puso en cabeza de ambos padres el deber de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (art. 654).

En la misma línea, la Corte IDH sentó que el derecho al cuidado y el derecho a la salud son interdependientes e indivisibles, pero eso no es todo. En lo que respecta al derecho a ser cuidado, instó a los estados a implementar medidas para garantizar progresivamente la calidad, disponibilidad y adaptabilidad de los servicios de salud para las personas que tienen algún grado de dependencia, tomando en cuenta que este es un componente central de su bienestar integral y respetando su autonomía (Corte IDH, 2025, párr. 278). Como forma de hacer efectivo el principio de coparentalidad, el CCyC establece la regla según la cual en los casos de niños, niñas y adolescentes que tengan doble vínculo filial el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores, independientemente de si conviven o no (art. 641, incs. a y b). La cuestión tiene relevancia práctica: se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, a excepción de lo dispuesto en el artículo 645 o que mediere expresa oposición.

Entre los supuestos de actos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores (art. 645), nada se dice sobre autorizaciones y consentimientos médicos para va-

cunación. El hecho de que los casos enumerados por el artículo sean de carácter taxativo implica que para el ejercicio de los derechos derivados del régimen de la Ley N° 27.491 bastará el consentimiento de uno solo de los representantes legales y que, en caso de oposición expresa del otro, deberá resolverse la cuestión como un "desacuerdo" en los términos del artículo 642 del CCyC.

Sobre esto, debe tenerse presente que el ejercicio de la responsabilidad parental no puede convertirse jamás en una práctica antifuncional o abusiva. Se trata de una institución jurídica pensada para proteger y acompañar el desarrollo integral de niñas, niños y adolescentes y su finalidad no es satisfacer intereses personales de los progenitores, sino garantizar el interés superior de los hijos, que sirve como un límite frente al ejercicio de derechos por parte de los adultos.

Por eso, cualquier decisión o conducta que, al amparo de la responsabilidad parental, afecte el derecho a la salud o exponga a las personas menores de edad a riesgos evitables, debe considerarse incompatible con la función de protección, sobre todo cuando quedan comprometidos también los derechos de terceros fuera de la órbita de reserva del artículo 19 de la constitución nacional.

Así lo entendió el juez interviniente en el caso estudiado cuando sostuvo que "El ejercicio de la responsabilidad parental –antes patria potestad– no es absoluto, sino que encuentra límites, en especial, en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño con rango constitucional conforme el art. 75, inc. 22 de la CN; art. 3° de la Ley Nacional N° 26.061, art. 3° de la Ley Provincial N° 9.944)". Y agregó que "...la decisión de A.B. y J.B. de no colocar a su hijo las vacunas referidas afecta no sólo al niño recién nacido, sino que, además, implica un riesgo para toda la comunidad y compromete la eficacia del régimen de vacunación oficial. Ello toda vez que, las vacunas incluidas en el Calendario Nacional de Vacunación, no alcanza sólo al individuo que la recibe, sino que además, incide directamente en la salud pública cuyo objetivo principal es reducir y/o erradicar los contagios en la población."

Durante la vigencia de la Ley N.º 22.909, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que, en determinados casos, el derecho a la vida privada familiar resulta permeable a la intervención del estado en pos del interés superior de niñas, niños y adolescentes en tanto sujetos vulnerables, amparados por un régimen jurídico cuya nota característica es la prevalencia de sus intereses por sobre todos los que se encuentran en juego (CSJN, 2012, párr. 15).

V. El mecanismo previsto por la Ley N.º 27.491

En línea con lo expuesto anteriormente, el artículo 10 de la Ley N° 27.491 establece que "Los padres, tutores, curadores, guardadores, representantes legales o encargados de los niños, niñas, adolescentes o personas incapaces son responsables de la vacunación de las personas a su cargo". Como puede observarse, la norma contempla cualquier tipo de situación o relación de cuidado y abarca distintos institutos jurídicos admitidos por nuestro ordenamiento, independientemente de si otorgan o no la representación legal de la persona menor de edad o con capacidad restringida. Asimismo, incluye aquellos particulares vínculos regidos por normas de administrativas, como los establecidos entre los responsables de residencias alternativas estatales y las personas allí alojadas.

En consecuencia, puede afirmarse que, además de los deberes dispuestos para cada figura por la ley general -elCCyC-, existe un deber específico derivado de la legislación especial en materia de vacunación obligatoria. Dicha normativa regula también las consecuencias del incumplimiento de ese deber.

Para ello, se vale del principio de corresponsabilidad para asignar a los establecimientos educativos y de salud, tanto públicos como privados, así como a todo agente o funcionario público en ejercicio de sus funciones, la obligación de informar al órgano administrativo de protección de derechos de la Ley N° 26.061 (OAL) cualquier incumplimiento o irregularidad en el Calendario Nacional de Vacunación o en el proceso de vacunación, siempre que estén involucrados niñas, niños o adolescentes (art. 11).

La selección de escuelas e instituciones de salud como principales receptoras se fundamenta en una distribución optimizada de las estrategias para abordar las infancias desde las políticas públicas. Esta decisión reconoce su función como agentes calificados para recibir demandas espontáneas, dada su interacción cotidiana con personas menores de edad, y refuerza la importancia de sus intervenciones como efectores dentro del sistema de protección. El rol asignado por la ley no implica, en modo alguno, una disminución ni desplazamiento de las funciones de los demás organismos que lo integran; por el contrario, busca fortalecer la articulación de competencias y criterios de actuación reconocidos por la legislación vigente (Sgro, 2024).

Para dotar de efectividad al mecanismo, la Ley N.º 27.491 exige la certificación del cumplimiento del Calendario Nacional de Vacunación al ingreso y egreso del ciclo lectivo -sea obligatorio u optativo, formal o informal-; así como al tramitar o renovar el DNI, pasaporte, residencia y licencia de conducir, y al gestionar las asignaciones familiares y prestaciones monetarias no retributivas previstas en la normativa vigente (art. 13). En caso de constatarse un incumplimiento, deberá dejarse la debida constancia y activarse los protocolos correspondientes.

Por esa razón es que el artículo 14 permite a la autoridad sanitaria tomar diversas medidas para asegurar la vacunación, desde una simple notificación hasta la vacunación compulsiva. Aunque esta última aparece como un recurso extremo, en la práctica suele ser el primero en aplicarse, sobre todo cuando el criterio médico indica que hay urgencia. Esto ocurre con aquellas vacunas que deben colocarse durante los primeros momentos de vida, como la de la Hepatitis B (en las primeras doce horas) y la BCG (antes del egreso de la maternidad), y así lo ponderó el juez de la causa para resolver.

Cuando interviene el OAL de la Ley N° 26.061, lo esperable es que se ejecuten medidas de protección integral de las previstas en el artículo 35, que incluyen planes de abordaje familiar. Sin embargo, la gravedad y urgencia de ciertos casos, sumadas a la complejidad logística, suelen dificultar la implementación de estrategias destinadas a persuadir a los adultos responsables que se niegan a la vacunación.

No obstante, es importante dejar en claro que esa dificultad no implica una carte blanche para que los efectores de la salud omitan el cumplimiento de las obligaciones que surgen de la Ley N.º 26.529 de derechos del paciente y del art. 59 del CCyC en materia de consentimiento informado.

En esos escenarios, suele recurrirse a la vía judicial a fin de solicitar autorización para la vacunación compulsiva. Una vez ordenada por la jueza o juez competente, el caso se deriva al órgano administrativo a fin de indagar con profundidad sobre las causas. En muchos casos, la negativa solo representa la “punta del iceberg”, y al comenzar el despeje de indicadores de vulneración de derechos se evidencian situaciones más graves, como violencia infantil o falta de cuidados básicos, que requieren medidas adicionales. Por ello, el abordaje de cada situación debe realizarse de manera cuidadosa.

Esto fue puesto de resalto en un fallo de 2023 resuelto por la Gestión Judicial Asociada de Familia (GEJUAF) de Las Heras, Mendoza. La conjuenza interviniente reseñó brevemente la lógica del sistema de protección integral de la Ley N.º 26.061 en los casos de negativa a la vacunación de niñas, niños y adolescentes: “La citada ley establece un sistema de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes, facultando al órgano administrativo local, en este caso ETI, a adoptar medidas de protección ante la amenaza o violación de los derechos y garantías de los niños, niñas y adolescentes; pudiendo provenir dichas amenazas de los propios progenitores, familiares o terceros. Dicha norma enuncia una serie de medidas que pueden ser adoptadas, pero la misma no es taxativa. El órgano administrativo puede disponer, dentro de los lineamientos generales otras medidas que estime conveniente a fin de proteger los derechos que hayan sido vulnerados o amenazados.” (GEJUAF Las Heras, 2023).

En el fallo que nos convoca, fue la clínica la que detectó la urgencia frente a la negativa de los progenitores y comunicó telefónicamente la situación a la Unidad de Desarrollo Regional (UDER) dependiente de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (SeNAF) de la provincia de Córdoba. La intervención de este último organismo corroboró lo manifestado. En consecuencia, con muy buen criterio el juzgado ofició al Equipo Local de Niñez y al Área de Salud municipal para su actuación.

Tras emplazar a los adultos responsables a cumplir con el Calendario Nacional de Vacunación, autorizó la práctica y dispuso la comunicación de la resolución al órgano administrativo.

Habitualmente, el proceso utilizado es el de las medidas conexas, es decir, aquellas solicitadas por el OAL cuando es necesaria la asistencia judicial para garantizar la aplicación o el cumplimiento de una medida administrativa de protección de derechos, o de una medida excepcional.

A propósito de lo anterior, interesa destacar que ni la autoridad sanitaria ni el órgano administrativo tienen competencias reconocidas por ley para proceder a la vacunación compulsiva ante la negativa persistente de los representantes legales. La única autoridad habilitada para ordenarla -incluso con el auxilio de la fuerza pública- es la jueza o juez competente.

Por lo tanto, independientemente de quién inicie el proceso (la clínica o el órgano administrativo), la vía judicial resulta indispensable para canalizar la intervención. Aun en aquellos supuestos en que solo se pretende realizar una notificación, porque debe ser autorizada judicialmente para garantizar su fehacencia.

La competencia material recae en la justicia de familia y violencia familiar. En cuanto a

la competencia territorial, corresponde la intervención del juzgado que se encuentre en turno “tutelar” al momento de efectuarse la solicitud.

Pese a lo dispuesto por el artículo 716 del CCyC para los procesos que involucran derechos de niñas, niños y adolescentes, en la práctica no siempre será el tribunal del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida. Esta solución se justifica en la urgencia y en el carácter proteccional de este tipo de abordajes, que demandan una tutela judicial efectiva e inmediata.

Finalmente, la intervención del Ministerio Público resulta ineludible, bajo pena de nulidad. Su actuación será siempre principal y adquiere aún mayor relevancia cuando, en ejercicio de su legitimación subsidiaria, solicita la intervención de la justicia en estos casos, ya que el proceso tiene por objeto exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes legales de niñas, niños y adolescentes frente a un evidente conflicto de intereses (art. 103, pto. b, inc. II del CCyC).

VI. Conclusiones

La vacunación obligatoria constituye en Argentina una política pública fundamental para garantizar la plena vigencia del derecho a la salud de niñas, niños y adolescentes. El marco normativo aportado por la Ley N° 27.491 es una base sólida para la adopción de medidas positivas sobre la promoción, implementación y fiscalización de las campañas de inmunización.

Sin embargo, existen numerosos casos de progenitores o representantes legales que se oponen a la vacunación de sus hijos. A menudo, las objeciones están motivadas por convicciones religiosas, filosóficas o por la desconfianza hacia el estadio actual del progreso científico. Ignorarlas o silenciarlas podría generar mayor resistencia, debilitando el vínculo entre las familias y las instituciones de la salud. Por ello, resulta deseable que el estado desarrolle estrategias de diálogo y acompañamiento que aborden esas tensiones desde una perspectiva que concilie adecuadamente el derecho a la vida privada familiar y los fines sociales.

Adicionalmente, el principio del interés superior del niño debe ser el eje rector de toda intervención estatal en la materia y exige que las decisiones que afecten a personas menores de edad prioricen su protección integral, incluso por encima de las imposiciones de sus representantes legales. Desde este punto de vista, la vacunación no solo protege a las personas menores de edad en particular, sino también a la comunidad en su conjunto mediante las inmunidades de rebaño.

En la provincia de Mendoza, la resolución N° 2572/2025 del Ministerio de Salud y Deportes dispone un procedimiento específico ante la negativa expresa y documentada de los adultos responsables de vacunar a sus hijos conforme al régimen obligatorio en el ámbito escolar.

La normativa concede un plazo de treinta días corridos para regularizar la situación; el incumplimiento habilita la intervención del Equipo Técnico Interdisciplinario (ETI) y la consecuente denuncia ante las autoridades contravencionales.

Esa instancia se articula con las previsiones del Código de Contravenciones de Mendoza

(Ley N° 9099), que contempla sanciones aplicables por el incumplimiento de las obligaciones relacionadas con la salud pública. Específicamente, su artículo 119 de la ley establece multas para quienes, sin causa justificada, omitieren la aplicación de las vacunas obligatorias según el Calendario Nacional de Vacunación.

Si bien la imposición de sanciones puede representar una herramienta legítima para promover el acatamiento de la ley, no debe ser la única respuesta frente a las objeciones sobre la vacunación. La mera coerción no necesariamente fomenta la convicción ni fortalece la confianza de la población en el sistema sanitario; por el contrario, podría generar consecuencias negativas como la expulsión del sistema, una judicialización excesiva del tema o la estigmatización de quienes sostienen posturas disidentes.

Entonces, sería necesario avanzar hacia políticas públicas que combinen estrategias de concientización y acompañamiento de los efectores territoriales. En este sentido, deberían fortalecerse las campañas de información pública que expliquen los beneficios de la vacunación y contribuyan a desactivar los mitos en torno a ella, con lenguaje claro y accesible.

Asimismo, deberían ampliarse las instancias de abordaje familiar en el marco de las medidas de protección como una suerte de mediación interdisciplinaria entre el estado y los progenitores que manifiestan objeciones, evitando que el conflicto derive en una evitable judicialización.

En definitiva, la vacunación obligatoria implica un derecho de niñas, niños y adolescentes pero también una corresponsabilidad compartida entre el estado, las familias y los actores sociales que llama a construir consensos duraderos en torno a la salud pública, en un marco de justicia, equidad y respeto por los derechos humanos.

Referencias bibliográficas

Artículos de prensa y revistas científicas

- Chávez, V. (2025, 26 de junio). Advierten que la caída global en la vacunación infantil reactiva el riesgo de enfermedades mortales. *Infobae*. <https://www.infobae.com/salud/2025/06/26/advierten-por-la-caida-global-en-la-vacunacion-infantil-que-reactiva-el-riesgo-de-enfermedades-mortales/>
- Haeuser, E., et al. (2025). *Global, regional, and national trends in routine childhood vaccination coverage from 1980 to 2023 with forecasts to 2030: A systematic analysis for the Global Burden of Disease Study 2023*. *The Lancet*, 406(10500), 235–260. [https://doi.org/10.1016/S0140-6736\(25\)01037-2](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(25)01037-2)
- Justich, P. R. (2015). *El rechazo a vacunar a los niños: un desafío por enfrentar*. *Archivos Argentinos de Pediatría*, 113(5), 443-448. <https://doi.org/10.5546/aap.2015.44>
- Mantilla, M. J., & Alonso, J. P. (2025). *Vacunación infantil: dudas, ambigüedades y toma de decisiones en mujeres-madres de sectores medios de Argentina*. *Cadernos de Saúde Pública*, 41(1). <https://doi.org/10.1590/0102-311XES010424>
- Sanabria Moyano, J., Merchán López, C., & Saavedra Ávila, M. (2019). *Estándares de pro-*

tección del Derecho Humano a la salud en la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *El Ágora USB*, 19(1), 132-148. <https://doi.org/10.21500/16578031.3459>

Artículos de doctrina

- Faraoni, F. E., & Nieve Bensabath, C. J. (2024). *Géneros, derechos y responsabilidad parental*. *Doctrina Online*, RC D 488/2024. Rubinzal Culzoni.
- Sgro, G. (2024). *Notas actuales del sistema de protección de derechos de niñas, niños y adolescentes en la provincia de Mendoza*. *Doctrina Online*, RC D 437/2024. Rubinzal Culzoni.
- Zelaya, M. A. (2019, 18 de septiembre). *Los nuevos desafíos que enfrenta la ley de vacunación obligatoria*. *SJA Thomson Reuters*, 3. AR/DOC/2178/2019.

Documentos oficiales y reportes

- Ministerio de Salud de la República Argentina. (2025, 10 de septiembre). *Coberturas de vacunación – Calendario Nacional 2024*. https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/nacion-cnv_2024-10_09_2025-publicacion_v2_1102025.pdf

Jurisprudencia y opiniones consultivas

- Caso Beatriz y otros vs. El Salvador, Fondo, reparaciones y costas, Serie C No. 549 (Corte Interamericana de Derechos Humanos 22 de noviembre de 2024). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_549_esp.pdf
- Caso Ximenes Lopes vs. Brasil, Sentencia de fondo, Serie C No. 149 (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 4 de julio de 2006). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_149_esp.pdf
- ETI por el recién nacido VB p/ autorización de tratamiento médico - medidas conexas (GEJUAF Las Heras, 15 de septiembre de 2023) [Inédito].
- N.N. D., v. s/ protección guarda de personas (Corte Suprema de Justicia de la Nación, 12 de junio de 2012).
- Opinión Consultiva OC-31/25 solicitada por la República Argentina: El contenido y el alcance del derecho al cuidado y su interrelación con otros derechos (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 12 de junio de 2025). <https://jurisprudencia.corteidh.or.cr/es/vid/1088056961>

DIRECTRICES para AUTORAS/ES

En los siguientes links se puede consultar información de interés para quienes estén interesadas/os en publicar en la Revista Derecho y Salud:

- Sobre la Revista: <https://bit.ly/3CFpA4x>
- Directrices para autoras y autores: <https://bit.ly/3k5ymBr>
- Buenas prácticas editoriales: <https://bit.ly/31w0YO3>

La misma información está disponible escaneando con su dispositivo móvil los siguientes Códigos QR:

- Sobre la Revista:



- Directrices para autoras y autores:



- Buenas prácticas editoriales:



REDES SOCIALES

La Revista Derecho y Salud interactúa con autoras/es y lectoras/es a través de su página en la red social LinkedIn (<https://www.linkedin.com/company/rdys/>) y en X (@rdys_ubp).

Acceso disponible, también, escaneando el siguiente Código QR:



LinkedIn



Twitter



UNIVERSIDAD
Blas Pascal



Saber y Saber Hacer